

## דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על-פי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית

מאת

משה גלברד\*

המאמר בוחן את ההסדר המוצע בסעיף 714 להצעת חוק דיני ממונות, שעניינו דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין. סעיף זה אמור להחליף את דרישת הכתב הקיימת כיום בסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969. בין הסעיף המוצע לבין הדין הקיים מסתמנים שני שינויים מרכזיים.

שינוי אחד נוגע להרחבת היקף תחולתה של דרישת הכתב גם ביחס להמחאה של זכות שתוכנה הוא הזכות לקבל בעתיד זכות במקרקעין, וכן ביחס להתחייבות להמחות זכות כזו. במציאות הישראלית, שבה נכסי מקרקעין רבים אינם רשומים עדיין במרשם המקרקעין, המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין היא עסקה נפוצה למדי. למרות ההבדלים המשפטיים המשמעותיים שבין עסקה במקרקעין לבין המחאה, הציבור הרחב אינו מבחין בין שתי העסקאות הללו ומייחס להן ערך כלכלי דומה. דרישת הכתב המהותית שבסעיף 8 לחוק המקרקעין הוצדקה בשעתה בשל החשיבות המיוחדת שמיוחסת לחוזי מקרקעין. הצדקה זו תקפה למעשה גם לגבי עסקת המחאה. משום כך השינוי המוצע בעניין זה בהצעת הקודקס הוא רצוי ומבורך.

השינוי השני המסתמן בהצעה נוגע למהותה של דרישת הכתב במקרקעין ולתכליתה. המאמר טוען כי הן מאופן ניסוחו של סעיף 714 להצעה והן מתוך התכלית הנובעת מהוראתו, ניתן להסיק כי דרישת הכתב המוצעת בסעיף 714 היא ככל הנראה בעלת אופי ראייתי (אם כי מדובר בדרישת כתב ראייתית הכוללת מאפיינים ייחודיים). השאלה המתבקשת היא האם קיימת כיום הצדקה לסטות מהדין הקיים ולשנות מאופייה של דרישת

\* מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה.

הכתב הנוהגת? אכן, סעיף 8 לחוק המקרקעין עורר בשעתו קשיים רבים. דרישה צורנית קשוחה מדי עלולה ליצור מתח בין צורה לבין מהות. נוקשותה של דרישת הכתב באותם השנים יצרה פתח לניסיונות של צדדים להתחמק מחוזים שכרתו. עם זאת, ברבות השנים השכילה הפסיקה לגשר על מתח זה באמצעות יצירתם של מנגנוני ריכוך מתאימים. דומה כי בשנים האחרונות, לאחר אבולוציה פסיקתית לא קצרה, נמצא שביל הזהב בין יתרונותיה של דרישת הכתב המהותית לבין הצורך למנוע את ניצולה לרעה. תורת המשפט המרככת שפותחה בפסיקתו של בית המשפט העליון יצרה דין מאוזן ויעיד על כך מיעוט ההתדיינות בנושא זה בשנים האחרונות. עמדתה העקרונית של ועדת הקודיפיקציה הייתה, שבאותם עניינים שבהם הדין הקיים הוא משביע רצון, הצעת הקודקס רק תשקף צילום מצב עדכני של אותו דין (בבחינת Restatement ישראלי). לא מובן מדוע לא יושמה גישה זו גם ביחס לדרישת הכתב במקרקעין.

א. מבוא

- ב. החלטה של דרישת הכתב גם ביחס להמחאה ולהתחייבות להמחות
- ג. השינוי הנוגע לאופייה של דרישת הכתב בהצעת הקודקס האזרחי: האומנם חזרה לדרישת כתב ראייתית?
  - ג.1. דרישת הכתב בחוזי מקרקעין על פי הדין הקיים
  - ג.2. דרישת הכתב לפי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית
    - ג.2.א. עיתוי יצירתו של ה"תיעוד בכתב"
    - ג.2.ב. "תיעוד בכתב" כאמצעי הוכחה בלעדי?
- ד. סיכום והצעות חלופיות

א. מבוא

במהלך שנת 2004 נפל דבר בעולם המשפט בישראל. משרד המשפטים הביא לעיונו של הציבור הרחב את טיוטת ההצעה לחוק דיני ממונות, פרי עבודתה רבת השנים של ועדת הקודיפיקציה!<sup>1</sup> יש להודות כי לא הכול תמימי דעים בדבר הצורך בחקיקתו של החוק החדש. מצד אחד, יש המברכים על הכנתה של הצעה לקודקס מקיף, קוהרנטי ועדכני, כזה שרבים ייחלו לו זה מכבר. מצד אחר, יש מי שחולקים על עצם נחיצותו של קודקס כזה. כך למשל ישנו מי שטוען כי ממילא תהליכי הקודיפיקציה בשיטות המשפט המערביות,

1 עד למועד כתיבתה של רשימה זו טרם החלו הליכי החקיקה הרשמיים של ההצעה. ההצעה הוצגה לציבור יחד עם דברי מבוא והסבר וכן "מדריך למשתמש" באתר האינטרנט של משרד המשפטים. ראו: [www.civilcode.justice.gov.il](http://www.civilcode.justice.gov.il).

שתחילתם לפני בערך כמאתיים שנה, החלו דועכים כבר לפני כמאה שנה ונעלמו כמעט לחלוטין במחצית השנייה של המאה העשרים.<sup>2</sup> לפי טיעון זה, הקודיפיקציה היא בגדר "סחורה ישנה" שכבר אבד עליה הכלח. אחרים טוענים כי ראוי לדבוק בכלל השרברבי הידוע: If it ain't broken don't fix it. מערכת דיני הממונות בישראל פועלת באופן משביע רצון למדי ולכן, כך נטען, אין צורך אמיתי לחדשה ולשנותה.

תהא העמדה אשר תהא, דומני כי לא ניתן להפריז בחשיבות הרבה שיש בעצם הצגת ההצעה לציבור. עיון בהצעה מלמד על המאמץ האינטלקטואלי העצום שהושקע בעבודת ההכנה ודומני כי גם מי שמבקרים את ההליך מעיקרו ראוי כי יכירו תודה על ההצעה שהניחה הוועדה לפתחנו ולו רק בשל העובדה שההצעה שבה וממקדת את תשומת ליבה של הקהילייה המשפטית בישראל בתחום דיני הממונות. מאז נחקקו החוקים המרכזיים בחקיקה האזרחית שלנו, לפני כבר למעלה משלושה עשורים, הלך בהדרגה ופחת העיסוק בתחום דיני הממונות ותחומי עניין ומחקר אחרים נטלו את הבכורה. אולם חקר המשפט הפרטי הוא לזו השדרה של המחקר המשפטי בכל שיטת משפט, "הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות"<sup>3</sup>. כעת, בעקבות פרסום הצעת הקודיפיקציה, שב המשפט הפרטי, ולו גם לזמן מה, אל המקום הראוי לו במרכז הבמה של המחקר ושל הדיון המשפטי ויעידו על כך שפע ימי העיון והכנסים הרבים שהוקדשו לנושא זה במהלך השנה החולפת. הצגתה של ההצעה לעיון הציבור הרחב מהווה הזדמנות מצוינת לשוב ולעייין עיון מחודש בהסדרים השונים בתחום דיני הממונות. לימוד ועיון כאלה תועלתם מרובה, בין אם תתקבל ההצעה בסופו של דבר ותהפוך לחוק, ובין אם לאו.

ברשימה קצרה זו אבקש לבחון נושא נקודתי אחד והוא ההסדר המוצע ביחס לדרישת הכתב במקרקעין. כידוע, מאז נחקק סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969 העסיקה הסוגיה של דרישת הכתב בחוזי מקרקעין את בתי המשפט רבות ועוד אעמוד על כך בהמשך. כמות הפסיקה בנושא זה עשויה להעיד על כך כי ההסדר שנבקע בשעתו בסעיף 8 לחוק המקרקעין לא היה ככל הנראה מוצלח במיוחד. במהלך השנים חלו בנושא זה שינויים משמעותיים, כולם פרי פיתוח של הפסיקה. כעת מוצע במסגרת הקודקס החדש הסדר משפטי שונה מזה שבחוק הקיים. במאמר זה אבקש לעמוד על היקף השינוי ועל מידת הנחיצות שבו. סעיף 714 להצעת הקודיפיקציה מנוסח באופן הבא:

"714. דרישת כתב לגבי העברת זכות במקרקעין:

התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, וכן המחאה של זכות לקבלת זכות

2 טיעון זה הועלה על ידי פרופסור אוריאל פרוקציה בהרצאתו "קודיפיקציה – על שום מה". ההרצאה ניתנה במסגרת הכנס השנתי של כתב העת "משפט ועסקים" שהוקדש השנה לקודקס האזרחי. לתקציר ההרצאה ראו באתר האינטרנט של כתב העת: [www.idclawreview.org](http://www.idclawreview.org).

3 תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא דף קעה, ב. וכן מסכת ברכות דף קנ, ב.

במקרקעין והתחייבות להמחאה כאמור, טעונה תיעוד בכתב, המשקף את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה.

דברי ההסבר לסעיף 714 הם תמציתיים ביותר ועולה מהם כי לכאורה יש בסעיף רק שינוי אחד לעומת הדין הקיים. שינוי זה נוגע להרחבת היקף תחולתה של דרישת הכתב גם ביחס להמחאה של זכות שתוכנה הוא הזכות לקבל בעתיד זכות במקרקעין, וכן ביחס להתחייבות להמחאות זכות כזו<sup>4</sup>. אולם נראה כי דברי ההסבר הקצרים אינם ממצים את מלוא השינויים הנכללים בהסדר המוצע לעומת הדין הקיים. ראשית, ישנו בסעיף שימוש במינוח חדש. המונח "מסמך בכתב" שמופיע כיום בסעיף 8 לחוק המקרקעין הוחלף במונח "תיעוד בכתב", שהוא מונח רחב יותר. לכאורה, זהו שינוי בעל אופי טכני בעיקרו, שנועד להתאים את הדין לחידושי הטכנולוגיה ולאפשר שימוש גם בתיעוד כתוב שאינו בגדר "מסמך" על פי מובנו המסורתי. שנית ועיקר, דומני שהסעיף משקף שינוי משמעותי ביחס לתכלית של דרישת הכתב במקרקעין ולמהותה של דרישה זו. כפי שיובהר בהמשך, אני סבור כי נוסח הסעיף משקף את נטישתה של דרישת הכתב המהותית ומעבר לדרישת כתב בעלת אופי ראייתי מובהק (אם כי בעל מאפיינים ייחודיים). ברשימה זו אתייחס לשני החידושים המרכזיים שבהסדר המוצע. תחילה אסקור בקצרה את השינוי הנוגע להרחבת תחולתה של דרישת הכתב, כך שהיא תחול גם ביחס להמחאה ולהתחייבות להמחאות. כפי שיובהר להלן, זהו שינוי מוצדק ורצוי. לאחר מכן אבחן באופן ביקורתי את השינוי השני. אני סבור כי דווקא השינוי המשמעותי יותר, הנוגע למהותה ולתכליתה של דרישת הכתב אינו רצוי. אני סבור כי עדיף לשמר את דרישת הכתב המהותית בחוזה במקרקעין, שכן לדרישה זו יתרונות רבים. אמנם, בעבר הייתה הצדקה להרהר בדבר יעילותה של דרישת הכתב המהותית בשל נוקשותה ולאור העובדה שניתן היה לנצלה לרעה. ואולם, דומני שכיום, לאחר שנים של התפתחות פסיקתית שעיצבה תורת משפט מרככת, אשר מאפשרת להתגבר על פגמים או על חסר במסמך הכתוב במקרים המתאימים, אין כבר צורך בשינוי הדין. יתר על כן, גם אם יוחלט לחזור כעת לדרישת כתב ראייתי, הרי שזו המוצעת בסעיף 714 היא בעלת מאפיינים מיוחדים, אשר הופכים אותה לעניות דעתי לבעייתית במיוחד. במאמר זה אציג את הבעיות שעלולות להתעורר ולבסוף אציע הסדרים חלופיים אפשריים.

4 דברי ההסבר לסעיף 714 הם קצרים ביותר ועל כן ניתן להביאם במלואם: "בדומה לחוק הקיים, קובעת ההוראה המוצעת כי התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין טעונה כתב. אולם, בשונה מהנוסח הקיים, מחילה ההוראה המוצעת את דרישת הכתב גם על המחאות זכות במקרקעין והתחייבות להמחאות זכות כאמור. זאת, בשל הדמיון הכלכלי שבין שתי העסקאות. מובן, כי בהתקיים דרישת הכתב לגבי ההתחייבות אין מקום לדרוש קיומה לגבי המחאה עצמה". ראו קובץ דברי ההסבר שפורסם במצורף להצעה, לעיל הערה 1.

## ב. החלטה של דרישת הכתב גם ביחס להמחאה ולהתחייבות להמחאות

כידוע, לפי חוק המקרקעין, עסקה במקרקעין טעונה רישום והיא נגמרת ברישום<sup>5</sup>. החוק קובע כי כל עוד לא נרשמה העסקה בפנקסי המקרקעין אין לראותה אלא כהתחייבות לעשות עסקה<sup>6</sup> ועל כן עד למועד הרישום רוכש הזכות איננו בעל זכות הקניין אלא בעל זכות חוזית בלבד.

במציאות הישראלית, שבה מקרקעין רבים טרם עברו הליכי פרצלציה ורכבות דירות קיימות אינן רשומות עדיין במרשם המקרקעין<sup>7</sup>, נעשות עסקאות רבות בשלב שבו זכותו של המוכר עדיין איננה רשומה. כאמור, בשלב זה המוכר הוא בעל זכות חוזית בלבד, שמכוחה הוא יהיה זכאי לקבל בעתיד רישום של המקרקעין על שמו בפנקסי המקרקעין. כאשר בעל זכות חוזית כזו חפץ לעשות עסקה ו"למכור את הדירה" לקונה, פתוחות למעשה בפני הצדדים שתי חלופות משפטיות שונות. חלופה אחת היא חוזה שבו התחייבות רגילה של המוכר להקנות לקונה בזמן עתידי כלשהו את זכות הקניין במקרקעין. מבחינת משפטית, העובדה שבעת כריתת החוזה המוכר עדיין אינו בעל הקניין בנכס נושא החוזה איננה גורעת מכוחו להתחייב להקנות בעתיד לקונה את זכות הקניין בנכס<sup>8</sup> ואין

5 סעיף 7(א) לחוק המקרקעין.

6 סעיף 7(ב) לחוק המקרקעין. ראו גם: "ויסמן דיני קניין – חלק כללי (תשנ"ג) 292 ואילך.

7 למרות שמרבית המקרקעין בישראל עברו הליכי הסדר והם רשומים בפנקסי המקרקעין, בעיית הרישום של דירות עדיין קיימת במלוא חומרתה. עיקר הבעיה היא במקרקעין רשומים הכוללים חלקות גדולות בשטחן שטרם עברו הליכי חלוקה, דבר המונע את רישום הבתים המשותפים ואת רישום הדירות כיחידות רישום נפרדות במרשם המקרקעין. ראו למשל את דבריו של הנשיא שמגר בע"א 4/84 שטאל נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ, פ"ד מג(1) 272, 265 על כך שבישראל ישנן "מאות אלפי דירות הרשומות רק במוסדות המשכנים". לדיון בבעיה זו ראו גם ויסמן, לעיל הערה 6, בע' 320–321. האומדנים המובאים על ידי פרופסור ויסמן (שם, בהערות שוליים 3) מגיעים עד לכדי מאות אלפי יחידות דור שאינן רשומות. בשנים האחרונות חלה התקדמות של ממש ברישום הדירות. בתחילת שנת 2005 העריך מנכ"ל משרד השיכון כי ישנן כ-500,000 דירות שאינן רשומות. ראו <http://www.nrg.co.il/online/16/ART/866/194.html> (נבדק לאחרונה בינואר 2006), אולם הבעיה עדיין רחוקה מלבוא על פתרונה.

8 בשיטות משפט רבות כוללים דיני המכר הוראה מפורשת הן ביחס לממכר עתידי שעדיין אינו קיים בעת כריתת החוזה, והן ביחס לממכר קיים אשר בעת כריתת החוזה עדיין אינו בבעלות המוכר. בשני המקרים המוכר אינו יכול כמובן לבצע עסקה ריאלית ולהקנות מיידית את הקניין בממכר לקונה. לכן נוטות שיטות משפט רבות לראות מצב כזה כהתחייבות חוזית תקפה להקנות את הממכר בעתיד. ראו, למשל, סעיף 2-105(2) ל-UCC האמריקני הקובע: "A purported present sale of future goods or of any interest therein operates as a contract to sell". אצלנו משתמע מתוך סעיף 2 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, העוסק בשאלת הסיווג של חוזה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, שאין מניעה לכרות חוזה למכירת נכס שטרם בא לעולם. מקל וחומר נובעת גם המסקנה שאין מניעה לכרות חוזה תקף ביחס לנכס קיים שהמוכר עדיין אינו בעליו. ראו א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 (תשמ"ז) 90. גם חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 מגדיר "מוכר" באופן רחב, כך שההגדרה חלה גם ביחס לדירות שהמוכר עתיד לקבל את זכות הקניין בהן בעתיד. הפסיקה הכירה מאז ומתמיד בתוקפם של חוזים שבעת כריתתם לא היה עדיין המוכר

בה כדי לפגום בתוקפו של החוזה<sup>9</sup>. המוכר אמור להיות מודע כמובן לסיכון החוזי שהוא נוטל על עצמו בהתחייבות שכזו, שכן יש להניח שהעובדה שקיום התחייבותו של המוכר כרוכה ותלויה גם בפעולותיו של צד שלישי (מי שהתחייב להקנות למוכר את זכות הקניין במקרקעין וטרם עשה כן) מעלה את הסתברות הסיכון להפירה מצד המוכר<sup>10</sup>.

החלופה האחרת האפשרית היא המחאת זכותו החוזית של הקונה למוכר. לפי חלופה זו המוכר אינו מתחייב להקנות לקונה זכות קניין במקרקעין, אלא מקנה לו או מתחייב להקנות לו את זכותו החוזית. הוא ממחה לו את אותה זכות שיש לו כלפי מי שהתחייב לרשום על שמו (של המוכר) את זכות הקניין במקרקעין וטרם עשה כן. מבחינה משפטית נושא העסקה איננו נכס המקרקעין אלא זכות חוזית, ועל המחאה כזו לא חל חוק המקרקעין אלא חוק המחאת חיובים.

השאלה באיזו משתי החלופות בחרו הצדדים היא שאלה פרשנית<sup>11</sup>. כמו בכל פרשנות של חוזה יש לבחון את החוזה עצמו ואת מכלול הנסיבות הקשורות בו על מנת לברר מה היה אומד דעתם של הצדדים. אם כוונת הצדדים הייתה התחייבות של המוכר להקנות בעתיד את זכות הקניין במקרקעין לקונה, חרף העובדה שבעת הכריתה

בעל הקניין בנכס נושא החוזה. ראו, למשל: ע"א 348/97 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31 (להלן: עניין גולדמן); ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג (1) 617 (להלן: עניין רוט); ע"א 1581/98 חברת נתיבי אילון בע"מ נ' בשורה יזום בע"מ, פ"ד נד (4) 209 (להלן: עניין חברת נתיבי אילון).

9 ובלבר שהמוכר גילה לקונה את העובדה שהוא אינו בעל זכות הקניין בנכס. היעדר גילוי של עובדה מהותית כזו עלול להיחשב בדרך כלל כהפרה של חובת תום הלב במשא ומתן וכבסיס לטענת הטעייה לפי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראו זמיר, שם, בע' 94 (בהערת שוליים 22 והטקסט הנלווה אליה).

10 כאשר מדובר בהתחייבות להעביר קניין בנכס שהמוכר עצמו עדיין איננו בעליו, תתעורר פעמים רבות השאלה האם אין מדובר למעשה בחוזה על תנאי. סעיף 27(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 קובע חזקה פרשנית שלפיה: "חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי... חזקה שקבלת ההסכמה... הוא תנאי מתלה". עם זאת, בענייננו לא עצם כריתתו של החוזה טעונה הסכמתו של צד שלישי, אלא ביצועו של החוזה כרוך בשיתוף פעולה מצידו של הצד השלישי. לכן במקרה כזה ספק אם תחול החזקה הפרשנית ויש לברר עובדתית האם כוונת הצדדים הייתה ליצור חוזה על תנאי. לעניין זה השוו זמיר, שם, בע' 95-96; ג' טדסקי "חוזה שלביצועו דרושה הסכמת אדם שלישי ודמי-תיווך" הפרקליט לב (תשל"ט) 296, 298-299. מובן שאם מדובר בחוזה על תנאי והתנאי לא התקיים (הצד השלישי לא העביר את זכות הקניין בנכס למוכר) במועדו או תוך זמן סביר, לפי העניין, יתבטל החוזה והמוכר לא ייחשב למפר. אולם כאשר אומד דעתם של הצדדים הוא שהתחייבותו של המוכר היא מוחלטת והוא נטל על עצמו את הסיכון הכרוך בכך שהצד השלישי לא יעביר אליו את זכות הקניין, אזי הוא ייחשב למפר אם לא יעביר לקונה את זכות הקניין במועד המוסכם. השוו: עניין גודלמן, לעיל הערה 8, בע' 35-36 ("...אין כל ממש בטענה זו. החוזה שבין המוכרת לבין הקונים אינו תלוי כלל בתנאי מתלה, שהקבלן יקיים את התחייבותו שלו כלפי המוכרת..."). ראו גם עניין חברת נתיבי אילון, לעיל הערה 8, מע' 214 ואילך.

11 ראו בהרחבה אצל ש' לרנר המחאת חיובים (תשס"ב) 208 ואילך (להלן: לרנר, המחאת חיובים); ש' לרנר "המחאת זכות במקרקעין – בין חיוב לקניין" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 433.

לא היה הראשון בעל הקניין במקרקעין עדיין, כי אז מדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין שחוק המקרקעין חל עליה, לרבות דרישת הכתב שבסעיף 8 שבו. אם לעומת זאת כוונתם של הצדדים הייתה שהמוכר יעביר לקונה את זכותו החוזית לקבל בעתיד את זכות הקניין מאת חייבו של המוכר, בעוד שהמוכר עצמו "ייצא מהתמונה" עם מסירת הנכס לקונה, כי אז מדובר בעסקת המחאה (או, לעיתים, התחייבות להמחות) שחל עליה חוק המחאת חיובים<sup>12</sup>, אשר אינו כולל דרישת כתב ביחס לחוזה להמחאת זכות<sup>13</sup>.

הפסיקה אכן הבחינה באופן ברור בין שתי העסקאות השונות הללו וקבעה כי על עסקת המחאה לא חלה דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין<sup>14</sup>. גם אם מסקנה

12 פרופסור שלום לרנר בספרו המחאת חיובים (שם, בע' 212) מצביע על כך שביחס לעסקה הטיפוסית של העברת זכויות כלפי מינהל מקרקעי ישראל בנכסים לא רשומים נוטה בית המשפט להניח כי כוונת הצדדים הייתה דווקא לעסקת המחאה. בעסקה כזו בדרך כלל המוכר אינו מסוגל להתחייב ביחס למועד שבו צפוי להתבצע הרישום בספרי המקרקעין על שם הקונה. יתר על כן, במקרה הטיפוסי המוכר גם מקבל את מלוא התמורה עם "העברת" הזכויות בספרי מינהל מקרקעי ישראל (ולא במרשם המקרקעין הרשמי) ועם מסירת הנכס לחזקת הקונה. נתונים אלה עשויים להעיד על כוונה לעסקת המחאה דווקא. ואכן בע"א 6529/96 טקסטיל ריינס בע"מ נ' רייך, פ"ד נג(2) 218, 227-228 מסביר בית המשפט עמדה פרשנית זו בנימוק ש"קשה להניח כי הצדדים להסכם מכר התכוונו לנסח התקשרות חוזית שלא ידוע מתי ניתן יהיה לבצעה. גם הפעולות שביצעו – תשלום מלוא התמורה ומסירת החזקה בנכס – מעידות על כוונתם להשלים את ההתקשרות החוזית ביניהם בהווה, עם כריתת הסכם המכר או בסמוך לאחר מכן ולא במועד בלתי ידוע בעתיד". לכן מסקנתו היא שיש להניח כי כוונתם הייתה לעסקת המחאה ולא להתחייבות לעשות עסקה במקרקעין.

13 לפי הדין שקדם לחוק המחאת חיובים, לא היה תוקף להמחאת זכות אם זו לא נעשתה בכתב. דרישה זו, שהופיעה בסעיף 12(1) לפקודת החוב (העברה), 1928 חלפה מן העולם עם חקיקת חוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969. להשוואה בנושא זה בין הדין הקיים לבין הדין הקודם ראו ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ, פ"ד כט(1) 121, 126. ראו גם לרנר, המחאת חיובים, לעיל הערה 11 בע' 123-124.

14 ראו, למשל: ע"א 414/76 חשש נ' דמארי, פ"ד לא(2) 505, 515-516; ע"א 274/79 חורי נ' כנען, פ"ד לה(3) 337; ע"א 91/77 ביקסר נ' עמידר, החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ ואח', פ"ד לב(1) 73, 77-78, 80-81 (להלן: עניין ביקסר); ע"א 371/85 פיליפ נ' רוזנברג ואח', פ"ד מב(1) 584 (להלן: עניין פיליפ). הלכה זו חזרה ונשנתה גם בפסיקה חדשה יחסית. ראו: ע"א 3107/01 עדני נ' אמיתי, פ"ד נז(3) 555. יצוין כי ההלכה נוגעת לעסקת המחאה ממש, בעוד שביחס להתחייבות להמחות בעתיד השאלה של דרישת הכתב נותרה פתוחה. ראו: ע"א 774/75 עובדיה נ' ארבי, פ"ד ל(3) 533; עניין ביקסר, שם; ע"א 641/83 פרידמן נ' פרידמן, פ"ד מ(2) 253, 257. ראו גם לרנר, המחאת חיובים לעיל הערה 11, בע' 218. שאלה מעניינת היא האם גם על פי הדין הקיים אין לומר שעל עסקת המחאה חלה דרישת הכתב הראייתית הקבועה בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני. ברור כי מבחינה מעשית במרבית המקרים גם עסקה של המחאת זכות לקבל זכות במקרקעין נעשית בכתב. אחת הסיבות לכך היא למשל שהגדרה הרחבה של "מכירה" בחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963 כוללת גם "הענקתה של זכות לקבל זכות במקרקעין" ולכן עסקת המחאה כזו נחשבת למכירה של מקרקעין והיא כפופה לחובת הדיווח לפי החוק. דווח כזה מחייב את צירופו של החוזה לטופס הדיווח ולכן ברור שמבחינה מעשית תיערך העסקה בדרך כלל בכתב. אם כך הוא הדבר,

זו היא פועל יוצא הגיוני מהעובדה שעל מכירת זכויות חוזיות לא חל חוק המקרקעין, הרי שהיא בעייתית מאד מבחינת הגשמת התכלית של דרישת הכתב במקרקעין כפי שנקבעה בפסיקה.

כבר בפסק הדין הראשון של בית המשפט העליון אשר בו נקבע כי דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין היא מהותית, הוסבר כי דרישת הכתב נועדה "כדי להרתיע אדם מלהתחייב בחפזון ובקלות דעת, משום חשיבות העיסקה (ad solemnitatem). דרישת הכתב עשויה להרשים את המתחייב ברצינות מעשהו, ולהגן עליו מפני חפזון". בית המשפט הוסיף והדגיש כי אין ספק שדרישת הכתב בחוק המקרקעין "באה מפאת חשיבות העיסקה, ולכן היא תנאי לקיום ההתחייבות *Forma dat esse reei*"<sup>15</sup>. הצורך המיוחד להגן על המתחייב מפני חפזון נובע מהחשיבות המיוחדת המיוחסת לעסקת מקרקעין. בדרך כלל עסקה במקרקעין היא העסקה בעלת המשמעות הכלכלית הניכרת ביותר שעושים מרבית בני האדם במהלך חייהם. ודאי שבמציאות הישראלית מהווה פעמים רבות דירת המגורים את הנכס ההוני היקר ביותר שבבעלות האדם. היא גם מהווה את מרכז חייו וההתקשרות החוזית לרכישת דירה נושאת עמה משמעויות חברתיות וכלכליות החורגות מהמשמעות המשפטית הרגילה של רכישת נכס. זהו אינו נכס ככל נכס אחר ועל כן בדינים השונים קיימת התייחסות מיוחדת לנכסי מקרקעין בכלל ולדירות מגורים בפרט<sup>16</sup>. משום כך, דרישת הכתב המהותית

ייתכן שקיים נוהג שעסקת המחאה של זכות לקבל זכות במקרקעין נעשית בכתב, דבר המכפיף אותה לדרישת הכתב הראייתית שבסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני. לעמדה זו ראו: ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"א, כרך א') 422.

15 ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה נ' מנהלי עזבוני המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו (2) 789, 781 (להלן: עניין גרוסמן). ההלכה שלפיה הטעם העיקרי לדרישת הכתב במקרקעין הוא חשיבות העסקה והרתעת המתחייב מפני התחייבות חפזו חזרה ונשנתה גם בפסיקה מאוחרת יותר. ראו, למשל: ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג (2) 281, 290–291 (להלן: עניין רבינאי); ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד (1) 1, 10.

16 הדבר בולט בתחום דיני המס. כך למשל נכסי מקרקעין ממוסים בנפרד מנכסי הון אחרים (ראו חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), תשכ"ג–1963) וכולטות בהקשר זה הוראות הפטור המיוחדות ביחס לדירות מגורים. על הטעמים העומדים ביסוד מתן הפטורים ממס לדירות מגורים והנובעים מהיותה של דירת המגורים נכס בעל משמעות מיוחדת במינה ראו א' נמדר מס שבח מקרקעין – הפטור לדירת מגורים (מהדורה שלישית, תשנ"ז) 31; י' הדרי מיסוי מקרקעין (מהדורה שנייה, תש"ס, כרך א') 419 ואילך. לכך שדרישת הכתב במקרקעין נובעת מהחשיבות הכלכלית של העסקה ראו: פרידמן וכהן, לעיל הערה 14, בע' 395: "מבחינתו של קונה מקרקעין, שאינו סוחר, זו וודאי אחת העסקאות המרכזיות, אם לא המרכזית, בחייו... מקרקעין עדיין נחשבים כמקור עושר ראשון במעלה". על המיוחדות של דירת מגורים כנכס עמד השופט שמגר בעניין רוט, לעיל הערה 8, בע' 624–625: "בשל שיקולים ציבוריים... אין לדעת לראות בחוזה מכר של דירה, הסכם להספקתו של מצרך מן השורה... במה דברים אמורים: הבעלות על מקום מגורים וההתקשרות החוזית בקשר אליו הפכה אצלנו לנושא חברתי וכלכלי ראשון במעלה, החורג בהשפעתו ובמשמעותו מתחום יחסי המסחר כפשוטם...". דרישת כתב במקרקעין איננה ייחודית למשפט הישראלי והיא קיימת בשיטות משפט רבות. במשפט האמריקני קיימת דרישת כתב במקרקעין מכוח ה-Statute of Frauds. להיקפה של דרישת כתב זו ראו,



נועדה על מנת להבטיח, בחוזי מקרקעין יותר מאשר בחוזים אחרים<sup>17</sup>, את רצינותו של המתחייב ואת גמירת דעתו. עם זאת, הציבור הרחב אינו מבחין באופן מעשי בדקות המשפטיות שבין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לבין עסקת המחאה או התחייבות להמחות. ההבדלים המשפטיים המשמעותיים שבין העסקאות הללו, הבאים לידי ביטוי בין היתר בסוגי הסיכונים ובהיקפם<sup>18</sup> אינם באים לידי ביטוי ממשי בשוק המקרקעין. בפועל, מחיר העסקה אינו מושפע בדרך כלל מהסיווג המשפטי השונה, כך שההבדל המשפטי אינו בא לידי ביטוי כלכלי. הציבור תופס את העסקאות הללו הלכה למעשה כדומות. אותה חשיבות כלכלית ורגשית מיוחדת שמייחס הציבור לחוזה שתוכנו הוא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, ואשר בעטייה חלה דרישת הכתב, הוא מייחס גם לחוזה להמחאת זכות לקבלת זכות במקרקעין<sup>19</sup>. מכאן נובע כי ההצדקות לדרישת הכתב

למשל: J. D. Calamari & J. M. Perillo *The Law of Contracts* (St. Paul, 5<sup>th</sup> ed., 2003) 757-762. באנגליה הייתה בעבר דרישת כתב ראייתית במקרקעין מכוח ה-Statute of Frauds 1677. כיום יש באנגליה דרישת כתב מהותית בחוזי מקרקעין, מכוח סעיף 2 ל-Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

17 אך דרישת כתב מהותית שתכליתה דומה לזו של דרישת הכתב במקרקעין קיימת גם בחוזים שתוכנם הוא התחייבות לתת מתנה. ראו סעיף 5(א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968 הקובע כי: "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב". נוסחו של סעיף 5(א) לחוק המתנה כמעט זהה לזה של סעיף 8 לחוק המקרקעין. ביחס לשני הסעיפים נקבע בפסיקה כי דרישת הכתב שבהם היא מהותית וכי הטעם המרכזי לכך הוא הבטחת רצינותו של המתחייב ומניעת התקשרויות חפוזות (ביחס לסעיף 5 לחוק המתנה ראו עניין גרוסמן, לעיל הערה 15, בע' 790; ע"א 11/75 ועד השיבות בא"י נ' מיכאלי, פ"ד (1)639). גם סעיף 234 להצעת הקודקס האזרחי, שהוא מחליפו של סעיף 5(א) לחוק המתנה, מנוסח באופן דומה מאד לזה של סעיף 714. משום כך הדברים האמורים בהמשך המאמר, ביחס לשינוי הנוגע לתכליתה של דרישת הכתב במקרקעין ולמהותה, רלבנטיים למעשה גם ביחס לסעיף 234, אולם במאמר זה בחרתי להתמקד רק בסעיף 714 להצעה.

18 ראו בהרחבה לרנר, המחאת חיובים, לעיל הערה 11, בע' 208-225. פרופסור לרנר עומד על ההבדלים השונים בין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לבין המחאה, או התחייבות להמחות. דוגמה אחת להבדלים בסיכון היא היעדרה של תקנת שוק בהמחאת זכויות. ראו בהקשר זה את דבריו של פרופסור לרנר (שם, בע' 214) בנוגע לע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204. דוגמה אחרת נוגעת לכללי העסקאות הנוגדות. בתחרות בין שתי התחייבויות נוגדות לעשיית עסקה במקרקעין חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, בעוד שעל תחרות בין שתי התחייבויות נוגדות להמחות חל סעיף 12 (באמצעות סעיף 13) לחוק המיטלטלין. בשני הסדרים בעל הזכות השניה בזמן גובר אם נתן תמורה, אם היה תם לב בעת כריתת החוזה ואם השלים את העברת הקניין בעודו תם לב. אולם השלמת העברת הקניין במקרקעין מחייבת רישום ועשויה להימשך פרק זמן ניכר, בעוד שמועד השלמת העברת הקניין בזכויות תלוי ברצון הצדדים ובאופן עקרוני יכול להיות מידי או קצר מאד. משום כך בתחרות בין שתי התחייבויות נוגדות להמחות פרק הזמן שבו על בעל ההתחייבות השניה בזמן להיות תם לב לצורך הזכייה בעדיפות עשוי להיות קצר בהרבה מאשר בהתחייבות נוגדת לעשות עסקה במקרקעין.

19 בדברי ההסבר לסעיף 714 מצוין כי ההחלטה להחיל את דרישת הכתב גם ביחס להמחאה היא: "בשל הדמיון הכלכלי שבין שתי העסקאות". ראו גם מ' דויטש פרשנות הקודקס האזרחי (תשס"ה, כרך א) 430.

צריכות להיות תקפות באותה המידה גם ביחס להמחאה<sup>20</sup> או להתחייבות להמחות זכות לקבלת זכות במקרקעין. על כן הדין הרצוי הוא שככל שיש לה הצדקה<sup>21</sup>, תחול דרישת הכתב במקרקעין במידה שווה גם על עסקת המחאה של זכות לקבלת זכות במקרקעין וכן על התחייבות להמחות זכות כזו. ספק אם ניתן להגיע לתוצאה זו בדרך של חידוש פסיקתי ועל כן השינוי המוצע בעניין זה בסעיף 714 הוא רצוי ויש לברך עליו.

ג. השינוי הנוגע לאופייה של דרישת הכתב בהצעת הקודקס האזרחי: האומנם חזרה לדרישת כתב ראייתית?

דומני כי החידוש המשמעותי יותר שבסעיף 714 להצעה נוגע למהותה של דרישת הכתב במקרקעין ולתכליתה, וזאת למרות שדברי ההסבר הקצרים המובאים ביחס לסעיף 714 כלל אינם מתייחסים לחידוש זה<sup>22</sup>. אני סבור כי נוסחו של סעיף 714 משקף

20 לכאורה ניתן היה לטעון כי המחאה (להבדיל מהתחייבות להמחות) היא עסקה "ריאלית" שכן יש בה העברה מיידית של קניין. בעסקה ריאלית עצם הפעולה של עברת הקניין בנכס עשויה למלא את הצורך להבטיח את רצינות המתקשר ומתייתר הצורך בחוזה כתוב (ביחס למקרקעין ראו עניין פיליפ, לעיל הערה 14. השווה גם לסעיף 185 להצעת הקודיפיקציה, שלפיו קיום החוזה בא חלף דרישת צורה). אולם יש לזכור כי בהמחאה מדובר בנכס לא מוחשי וממילא גם אין פעולה של מסירת חזקה. בהמחאת מכר (להבדיל מהמחאת שיעבוד) גם אין צורך כלל במרשם. משום כך ספק אם בעסקה שכזו עשויה העברה ערטילאית של הקניין כשלעצמה להבטיח את רצינות המתחייב ולפיכך קיימת הצדקה לתחולת דרישת הכתב גם ביחס להמחאה. לעמדה זו ראו לרנר, המחאת חיובים, לעיל הערה 11, בע' 218-219; דויטש, שם, בע' 430-431.

21 כפי שהובהר לעיל, דרישת הכתב במקרקעין נובעת מהמשמעות הכלכלית המיוחדת שמיוחסת לעסקה כזו. ניתן להקשות, מדוע לבטא את הערך הכלכלי בדרך עקיפה (משמע, על בסיס ההנחה שעסקת מקרקעין מבטאת ערך כלכלי גבוה). לכאורה, ניתן היה לקבוע הוראה כללית שלפיה תחול דרישת הכתב לא לפי אפיונו של הנכס נושא העסקה, אלא לפי הערך הכספי של החוזה. כדוגמה להוראה כזו ראו, למשל, סעיף 201(1) ל-U.C.C., הקובע דרישת כתב ביחס לכל עסקת מכר ששווייה מעל \$500. בטיטוט ההצעה לשינוי ה-U.C.C. משנת 1997 הוצע להגדיל את גובה הסכום המחייב עריכתו של חוזה בכתב ל-\$10,000 ועל פי הסתמך בסופו של דבר הסכום יוגדל, ככל הנראה, ל-\$5,000. ראו ביתר פירוט Calamari & Perillo, *supra* note 16, at p. 763.

22 ראו את נוסח דברי ההסבר בהערה 4 לעיל. ניתן לראות כי דברי ההסבר מתייחסים אך ורק לשינוי של הרחבת התחולה של דרישת הכתב לגבי המחאה והתחייבות להמחות. מעניין שגם פרופסור גבריאלה שלו סבורה כי השינוי בסעיף 714 להצעה הוא רק בעניין הרחבת היקף התחולה של דרישת הכתב כך שתחול גם ביחס להמחאה ולהתחייבות להמחות וכן בהחלפת המונח "מסמך" במונח "תיעוד", אולם לגישתה אין בהצעה חידוש מהותי: "... אין חידוש רב בהוראה המוצעת, הקובעת כי התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין טעונה כתב. השינוי לעומת הנוסח הקיים הוא בהחלת דרישת הכתב גם על המחאת זכות במקרקעין והתחייבות להמחות זכות במקרקעין... הבדל נוסף הוא בהחלפת הדרישה ל'מסמך' בכתב' ל'תיעוד' בכתב' וזאת כדי להתאים את ההוראה להתפתחות הטכנולוגית ולאפשר תיעוד גם באמצעים מודרניים..." (ג' שלו דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה) 381). כפי שיובהר להלן, אני סבור כי השינוי המשמעותי שבסעיף 714 נוגע דווקא למהותה של דרישת הכתב. בספרו על פרשנות

דרישת כתב ראייתית, וזאת בניגוד לדרישת הכתב המהותית הקיימת כיום ביחס לחוזי במקרקעין. על מנת להבהיר במה דברים אמורים, אתייחס ראשית בקצרה לדין הקיים ולאחר מכן אציג את השינוי המסתמן במסגרת סעיף 714 להצעה.

ג.1. דרישת הכתב בחוזי במקרקעין על פי הדין הקיים

סעיף 8 לחוק המקרקעין קובע כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". מאז חקיקתו נדון סעיף זה במאות פסקי דין<sup>23</sup> והיה נושא למאמרים רבים<sup>24</sup>. מן הסתם, סעיף חוק אשר חייב התעסקות משפטית רבה כל כך לא ייצג הסדר משפטי יעיל ומוצלח במיוחד<sup>25</sup>.

כבר בסמוך לאחר כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין נקבע כי דרישת הכתב שבסעיף 8 היא דרישה מהותית<sup>26</sup>, וזאת בניגוד לדרישת הכתב הראייתית שחלה ביחס לעסקאות במקרקעין עד לחקיקתו של סעיף 8, מכוח הוראת סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני<sup>27</sup>. הסיבה העיקרית לכך שדרישת הכתב בסעיף 8 אופיינה כמהותית נעוצה בתכלית שייחס בית המשפט לסעיף 8. התכלית, כמוסבר לעיל, הייתה להבטיח יתר רצינות מצד המתחייב בעסקת מקרקעין, בשל המשמעות והחשיבות המיוחדת

הקודקס האזרחי אכן רומז פרופסור מיגל דויטש גם על השינוי במהות: "... פסיקת החוזים המודרנית הגמישה באופן מהותי את דרישת הכתב לעניין התחייבויות לעסקה במקרקעין, ואף כי התפיסה שלפיה דרישת הכתב היא קונסטיטוטיבית נותרה לכאורה בעינה, הפער המעשי בין הדרישה הנוהגת בפסיקה לבין התפיסה הראייתית אינו רחב. בקודקס תחזוק המגמה המצמצמת בנדון, כאשר יובהר כי היקפה של הדרישה הצורנית מוגבל לכך שעל המסמך בכתב לשקף את גמירת הדעת להתקשרות, ותו לא..." (מ' דויטש, לעיל הערה 19, בע' 429. ההדגשה הוספה — מ'ג').

23 במאגרי המידע הממוחשבים מצאתי כי מאז חקיקתו של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 נדון סעיף 8 בלמעלה משלוש מאות וחמישים פסקי דין בערכאות השונות. בבית המשפט העליון לברו נדון הסעיף בלמעלה ממאה פסקי דין.

24 ראו: י' גרוס "מסמך בכתב לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" הפרקליט כט (תשל"ד) 347; ש' א' מייטל "התנאים הדרושים לעסקת מקרקעין לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" עיוני משפט ד (תשל"ה) 475; מ' דויטש "השלמת פרטים בחוזה מקרקעין" עיוני משפט ז (תשל"ט) 248; י' כהן "סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 — תוכנו של מסמך בכתב ומעמד של הסכמות בעל-פה" משפטים יא (תשמ"א) 311; נ' כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח (תשמ"ט) 383; ש' רנר "דיני חוזים — מגמות והערכה" משפטים כא (תשנ"א) 33.

25 ראו: ד' פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג (תש"ם) 4.

26 עניין גרוסמן, לעיל, הערה 15. פסק הדין של בית המשפט העליון ניתן בשנת 1972 והוא אישר למעשה את פסק דינו של בית המשפט המחוזי שניתן בשנת 1971 וקבע כי מדובר בדרישה מהותית.

27 הפסיקה שקדמה לחוק המקרקעין קבעה מאז ומתמיד כי "מקובל ונהוג" שעסקאות במקרקעין נעשות בכתב ולכן קיימת לגביהן דרישת כתב ראייתית מכוח סעיף 80 רישא לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני. נוהג זה היה כה ידוע עד שלא היה אפילו צורך להוכיחו בבית המשפט. ראו, לדוגמה: ע"א 52/53 אל-כירי נגד שפיר, פ"ד ט 1382; ע"א 411/81 זידאן נ' ע'דיר, פ"ד לח(3) 449, 458-459. ראו גם א' הרנון, דיני ראיות (תשל"ל, כרך א') 162.

המיוחסת לעסקה כזו<sup>28</sup>. ההפרדה הברורה שיוצר המסמך הכתוב בין שלב המשא ומתן הטרומי חוזי לבין השלב החוזי היא זו שמאפשרת את ההתכוננות המיוחדת לקראת כריתת החוזה. עצם הריטואל של יצירת המסמך הכתוב המחייב הקדשת זמן ומאמץ נועד להבטיח את רצינות המתחייב ולגבש באופן סופי את גמירת דעתו<sup>29</sup>. המסמך הכתוב (בדרך כלל ברגע החתימה עליו) הוא "מכת הפטיש" הגומרת את העסקה שכן המתקשר יודע שללא עיגון ההתחייבות במסמך כתוב אין לה תוקף חוזי מחייב. ודוק: לפי תפיסה זו, המסמך הכתוב אינו בא אך להעיד על גמירת הדעת, אלא הוא עצמו משמש כאמצעי המרכזי לגיבושה הסופי.

לקביעה כי מדובר בדרישת כתב מהותית כמה משמעויות חשובות, שכולן הובהרו בפסיקה שעסקה בסעיף 8 לחוק המקרקעין. המשמעות המרכזית והעיקרית היא שבניגוד לדרישת כתב ראייתית, שעניינה בדרכי ההוכחה של החוזה בבית המשפט אולם היא אינה נוגעת לתוקפו של החוזה מבחינת הדין המהותי, משמעותה של דרישת כתב מהותית היא שבאין מסמך כתוב אין תוקף לחוזה<sup>30</sup>. יתר על כן, דרישת הכתב המהותית נבדלת מדרישת הכתב הראייתית בשני מאפיינים חשובים: ראשית, בעוד שבדרישת כתב ראייתית ניתן להסתפק במסמך כתוב המעיד על החוזה, גם אם אין המסמך מגלם את ההתחייבות החוזית גופה (ולכן המסמך יכול להיות גם כזה שנוצר במועד מאוחר לחוזה), הרי שדרישת הכתב המהותית צריכה להתקיים בחוזה גופו. המסמך הכתוב, הוא עצמו, חייב לגלם את ההתחייבות החוזית, והדבר ברור לאור מטרתו של המסמך כפי שהובהרה לעיל (יצירת "פסק זמן" בין השלב הטרומי חוזי לבין השלב החוזי כדי למנוע התקשרות חפוזה ולהבטיח את רצינותו של המתחייב). שנית, קיים כידוע הבדל בין דרישת כתב ראייתית לבין דרישת כתב מהותית מבחינת היקף הכתב ותוכנו. בעוד שביחס לדרישת כתב ראייתית ניתן להסתפק ב"ראשית ראייה בכתב", הרי שבדרישת כתב מהותית יש צורך שהמסמך הכתוב יכלול את כל הפרטים המהותיים של העסקה<sup>31</sup>. למעשה, תוכנו הכתוב של המסמך אמור לאפשר לקורא הזר לעמוד על מלוא

28 עניין גרוסמן, לעיל הערה 15. ראו גם שלו, לעיל הערה 22, בע' 382.  
29 ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 14, בע' 391: "כאשר מתקשר יודע, כי תנאי לתקופתה של העסקה, שבה הוא עומד להתקשר, הוא העלאתה על הכתב, הוא יקדיש – מן הסתם – מחשבה נוספת לבחינת רצונו האמיתי להתקשר באותה עסקה... דרישת הכתב מבטיחה את המתקשר מפני קלות הדעת והפזיזות העשויות להיות כרוכות בהבטחות הניתנות בעל-פה".

30 עניין גרוסמן, לעיל הערה 15. פרידמן וכהן, שם, בע' 401.  
31 לכך שבדרישת כתב ראייתית די בראשית ראייה בכתב ראו: ע"א 65/49 פריזלר נ' וייס, פ"ד ה 888, 878. לכך שבדרישת כתב מהותית, כגון זו שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, חייב המסמך לכלול את כל פרטי המהותיים של העסקה ראו, לדוגמה: ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן בע"מ ואח', פ"ד כח(2) 291 (להלן: עניין קפולסקי). מעניין לציין כי באנגליה דרישות הכתב שפורטו ב-Statute of Frauds 1677 נחשבו כראייתיות, אולם למרות זאת נקבעו דרישות מחמירות למדי ביחס להיקף הכתב הנדרש ולא ניתן היה להסתפק בראשית ראייה. ה-Statute of Frauds החיל בעבר את דרישות הכתב ביחס לששה סוגים של חוזים, אלא שכיום הוסדרו החוזים הללו בחקיקה

מהותה והיקפה של העסקה מבלי צורך להיזקק למקורות עובדתיים חיצוניים למסמך<sup>32</sup> (אם כי ניתן להשלים פרטים חסרים באמצעות השלמה נורמטיבית<sup>33</sup>). בשנים הראשונות להפעלתו של סעיף 8 לחוק המקרקעין נקטה הפסיקה גישה מחמירה. בדומה לעמדת הפסיקה בסוגיית המסוימות, גם ביחס לדרישת הכתב נקבע כי נדרש היקף רחב למדי של פרטים על מנת לקיים את דרישת הכתב במקרקעין<sup>34</sup>. התוצאה הייתה שבמקרים רבים ניצלו צדדים לחוזה את סעיף 8 לחוק המקרקעין כדרך להשתחרר מחוזים שערכו, כאשר העסקה לא הייתה כדאית יותר בעבורם. מובן כי כאשר תוקפו של החוזה כולו מותנה בהתקיימותה של דרישת הכתב וכאשר דרישת הכתב היא מחמירה ומפורטת מאד, עשוי הדבר לשמש בסיס נוח לטענות, פעמים רבות בלתי מוצדקות, כנגד תוקפו של חוזה<sup>35</sup>. ואכן באותן שנים "... רבו הטענות בדבר העדר 'כתב', ובעלי חוזה ניסו להתחכם ולהתחמק מהוראותיו בטענה זו. לעתים קרובות הצליחו בכך, חרף דרישות הצדק"<sup>36</sup>. פרקטיקה בלתי רצויה זו, זו של שימוש בדרישת הכתב למטרת השתחררות לא מוצדקת מחוזה מקרקעין, הביאה לכך שהחל מסוף המחצית השנייה של שנות השבעים מתפתחת מגמה הולכת ונמשכת של ריכוך והגמשה של דרישת הכתב<sup>37</sup>.

- ספציפית ותחולתה של דרישת הכתב של ה- Statute of Frauds נותרה רק ביחס לחוזה ערבות. ראו: G. H. Treitel *The Law of Contract* (London, 11<sup>th</sup> ed., 2003) 181.
- 32 בעניין גרוסמן, לעיל הערה 15, מצטט השופט זוסמן מתוך פסק הדין האנגלי *New Eberhardt Company*, בו נאמר ביחס למשמעותה של דרישת כתב כי: "Without going beyond the writing, you can see the existence of the contract between the contracting parties."<sup>33</sup> מנגנוני ההשלמה הנורמטיביים נועדו באופן עקרוני להשלים חסר במסוימות ולא בדרישת הכתב. עם זאת, הפסיקה קבעה כי מנגנוני ההשלמה פועלים הן במישור של השלמת המסוימות והן במישור של השלמת הכתב. בד בבד עם השלמת הפרטים החסרים מבחינת מסוימות החוזה מושלמים כביכול גם החסרים מבחינת דרישת הכתב. ראו ע"א 235/75 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (להלן: עניין קאדרי).
- 34 ראו עניין קפולסקי, לעיל הערה 31. היקף הפרטים הרחב שקבע השופט עצינוני מקביל לרשימת הפרטים המהותיים שנקבעה בפסיקה של אותם שנים ביחס לשאלה מתי "הסכם מוקדם" ייחשב כחוזה מחייב. ואכן הוא מציין בפסק הדין כי: "על התנאים המהותיים והחיוניים החייבים להימצא במסמך שבכתב אפשר ללמוד מתוך הפסיקה בשאלה מתי יחייב הסכם מוקדם גם ללא 'הסכם פורמלי'... כדי שהסכם כזה יהיה הסכם מחייב צריך הוא, בנוסף לכוונה ברורה להתחייב בחוזה, לכלול את כל התנאים ההכרחיים להתקשרות...". ביחס לרמת הפירוט שנדרשה באותה התקופה לגבי הסכם מוקדם ראו, למשל: ע"א 651/72 פסטרנק נ' חברת יוסף לוי פתחיתקוה בע"מ, פ"ד כח(1) 617.
- 35 פרידמן וכהן, לעיל הערה 14, בע' 392-393.
- 36 דברי השופט ברק בע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278, 291-292 (להלן: עניין זוננשטיין).
- 37 לא אעמוד כאן בפירוט על פסקי הדין הרבים, שכן הדברים כבר נכתבו בעבר והם ידועים. לסקירה מקיפה על אודות ריכוך דרישת הכתב במקרקעין ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 14, בע' 414 ואילך. לתיאור מגמת הריכוך בפסיקה ראו גם פסקה 7 לפסק דינו של השופט זמיר בע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (להלן: עניין קלמר).

מסקירת הפסיקה של בית המשפט העליון דומה כי ניתן לשרטט באופן גס שלושה "שלב ריכוך" עיקריים.

בשלב הראשון, האופייני לפסיקה החל מסוף שנות השבעים, בא ריכוכה של דרישת הכתב לידי ביטוי בעיקר בצמצום היקף הפרטים שצריך המסמך הכתוב לכלול, בנכונות הרבה יותר לאפשר השלמה נורמטיבית של פרטים חסרים ובהעקת מרכז הכובד בעת בחינת תוקפו של החוזה אל יסוד גמירת הדעת. דוגמה אופיינית למגמה זו הוא פסק הדין בעניין רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)<sup>38</sup>. למעשה, הפסיקה צמצמה את היקף הפרטים עד למינימום ההכרחי, כך שהפרטים ההכרחיים ביותר היו מהות העסקה, תיאור הצדדים לעסקה, תיאור הנכס והמחיר. אם שוכנע בית המשפט בקיומה של גמירת דעת, ניתן היה להשלים את יתר הפרטים החסרים באמצעות מנגנוני ההשלמה הנורמטיביים, לרבות פרטים חשובים ומרכזיים כגון מועדי התשלום (או לפחות חלקם) והמסירה<sup>39</sup>. דומה כי במסגרת "שלב הריכוך הראשון" שעיקרו צמצום היקף הפרטים הנדרשים, ניתן לכלול גם את הפסיקה אשר קבעה כי חתימת הצדדים איננה חלק מדרישת הכתב של סעיף 8, אלא מהווה ראיה כבדת משקל לעניין גמירת דעתם של הצדדים<sup>40</sup>. "שלב הריכוך הראשון" פותר, למעשה, את הבעייתיות ביחס לרוב המקרים שבהם נעשים ניסיונות להשתמש בסעיף 8 על מנת להתחמק מחוזים לא כדאיים. אכן, יש להניח כי ברוב המכריע של המקרים יימצאו במסמך הכתוב הפרטים המעטים

38 עניין רבינאי, לעיל הערה 15. חלק מהכותבים, הן בספרות והן בפסיקה, נוהגים לציין את עניין קאדרי, לעיל הערה 33, כפסק הדין המסמל את השינוי בסוגיית הכתב מהגישה המחמירה לכיוון הגישה המרוככת. ספק בעיניי אם זוהי אכן דוגמה מאפיינת, שכן דומני כי מדובר בפסק דין חריג ויוצא דופן מבחינת כמות הפרטים החסרים שבית המשפט היה נכון להשלים, וודאי שכן על רקע התקופה המוקדמת יחסית (1976) שבה ניתן פסק הדין.

39 אולם במקום שבו הצדדים הסכימו בעל פה ביחס לפרט כלשהו החסר במסמך הכתוב, נחסמת האפשרות להשלמה נורמטיבית ולא מתקיימת דרישת הכתב. ראו, למשל, דברי השופטת בן-פורת בע"א 258/78 ברון נ' מנדיס טורס בע"מ, פ"ד לג(2) 437 וביקורתו של פרופ' פרידמן ביחס לגישה מחמירה זו. ראו פרידמן, לעיל הערה 25. הלכה זו חזרה ונשנתה גם בפסיקה מאוחרת יותר. ראו, למשל: ע"א 2821/90 שומרוני נ' רוזנבלום, פ"ד מז(1) 201. בפסק הדין חזר השופט לויין על ההלכה שלפיה הסכמה בעל פה ביחס לפרט בחוזה (במקרה זה היה מדובר על מועד התשלום) מעידה על כך שהצדדים אינם מעוניינים להיעזר בהוראות ההשלמה של החוק, ונחסמת האפשרות להשלמה נורמטיבית של זיכרון הדברים. מאידך גיסא, הסכם בעל פה אינו יכול להיות תחליף לדרישת הכתב שמציב סעיף 8 לחוק המקרקעין, כיוון שעל פי ההלכה הכתב הוא מהותי ולא רק ראייתי. השופט לויין מבהיר כי ברמה העקרונית יכול שהסכם בעל פה בין הצדדים התואם את הוראת החוק ישלים את דרישת הכתב השלמה נורמטיבית, אולם אם ההסכמה בעל פה סוטה מהוראות ההשלמה שבחוק יתבטא הדבר בבטלות החוזה.

40 ע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' גרבי, פ"ד לז(1) 589; ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' — חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת, פ"ד מד(1) 57. אם כי הפסיקה שקבעה כי החתימה איננה חלק מהותי מדרישת הכתב, אלא מהווה רק ראייה לעניין גמירת הדעת, כבר מרמזת לעבר שלב הריכוך השני, שבו הולך ומיטשטש בהדרגה ההבדל שבין דרישת הכתב המהותית לבין דרישת כתב ראייתי.

והבסיסים שלעיל, שבלעדיהם אין דרישת הכתב באה על סיפוקה, אפילו נערך המסמך על ידי מי שאינם יודעי דין. יתר על כן, מסמך כתוב המתיימר להיות חוזה למכירת מקרקעין ואשר לא נכללים בו הפרטים הגרעיניים הללו יעיד בדרך כלל על היעדרה של גמירת דעת. עם זאת, "שלב הריכוך הראשון" לא יועיל באותם מקרים שבהם קיים אמנם מסמך בכתב, קיימות גם ראיות משכנעות (חיצוניות למסמך) המעידות בבירור על קיומה של גמירת דעת, אולם חסרים במסמך הכתוב חלק מהפרטים הגרעיניים, אשר הוסכמו מחוץ לגבולות המסמך. כאן נכנס לתמונה ה"שלב השני" בריכוך דרישת הכתב.

השלב השני בריכוך דרישת הכתב התרחש החל מהמחצית השנייה של שנות השמונים<sup>41</sup> ובראשית שנות התשעים. כאמור, מדובר במקרים נדירים יחסית, שבהם חסרים במסמך הכתוב מקצת מאותם פרטים גרעיניים שבלעדיהם לא מתקיימת רגיל דרישת הכתב. במקרה כזה הקורא הזר אינו יכול ללמוד מתוך המסמך החוזי לבדו את מלוא משמעותה והיקפה של העסקה שבין הצדדים וגם השלמה נורמטיבית לא תועיל. כך לדוגמה, כאשר חסר במסמך ציון המחיר או שחסר תיאורו של הנכס נושא החוזה<sup>42</sup>. על מנת ללמוד על מהות העסקה ועל תנאיה ישנו הכרח במקרה כזה להשלים פרטים מתוך ראיות חיצוניות למסמך. בכך הולכת ומיטשטשת ההבחנה שבין דרישת הכתב המהותית לבין דרישת הכתב הראייתית. דוגמה טובה לכך הוא פסק הדין אהרונוב נ' אהרונוב<sup>43</sup>. מדובר על הסכם בכתב שנערך בין בני זוג ובו התחייבה האישה להעביר לבעל מחצית מזכויותיה בדירת המגורים שלה, בתנאי שהבעל ישקיע לצורך שיפוץ הדירה סכומי כסף משלו. את ההסכם הקצר והתמציתי כתבו הצדדים עצמם, ללא עזרתו של עורך דין. כעבור כשנה, עם השלמת עבודות השיפוץ, נתנה האישה בידי הבעל אישור בכתב ובו היא מאשרת "שבעלי אהרון אהרונוב השקיע ומשקיע את כל מה שצריך עבור הבית". האישה לא קיימה את התחייבותה להעביר מחצית מהזכויות בדירה לבעל. בתגובה לתביעה שהגיש הבעל נטען על ידה כי ההסכם אינו מקיים את

41 ניתן להצביע על ע"א 504/83 זיתון נ' זעורה, פ"ד מא(2) 154, אשר ניתן בחודש אפריל 1987, כמסמן את ראשיתו של "שלב הריכוך השני". בפסק הדין נדון חוזה מקרקעין שלא צוין בו המחיר. בית המשפט היה נכון לקבל ראיות חיצוניות לחוזה לגבי המחיר שהוסכם בנימוק שממילא התמורה כולה שולמה במועד חתימת החוזה והמוכר אישר זאת בחוזה ולכן אין חשיבות רבה לפירוט המדויק של רכיב התמורה.

42 באופן תיאורטי גם המחיר ניתן להשלמה נורמטיבית (ראו סעיף 46 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973) וכך גם ביחס לתיאור הנכס (ראו סעיף 45 לאותו חוק). באופן מעשי לא יעלה על הדעת להשלים פרטים המהווים את לב העסקה. לכן פרט כמו מחיר הנכס או זיהויו אינו ניתן להשלמה נורמטיבית בעסקת מקרקעין. ראו, למשל, ע"א 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת (תל-אביב — הרצליה) בע"מ נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתניה, פ"ד מז(5) 689, 701-702: "זהותו של הנכס הנמכר, נשואה של עסקת המכר, הוא אכן עניין מהותי, היורד לשורשו של ההסכם. על כן, לשם קיום דרישת המסוימות חייב חוזה המכר להגדיר, במידת הוודאות הנדרשת, מהו הנכס שבו מדובר". ראו גם פרידמן וכהן, לעיל הערה 14, בע' 437.

43 ע"א 475/87, פ"ד מג(3) 165 (להלן: עניין אהרונוב).

דרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין. למעשה, שני פרטים גרעיניים היו חסרים בהסכם. ראשית, תיאור הנכס. הנכס תואר בהסכם בתור "הדירה של האישה". תיאור כזה ודאי אינו מאפשר לזהות את הנכס מתוך המסמך לבדו והוא מחייב השלמה באמצעות ראיות חיצוניות. בית המשפט לא ראה כל קושי לאפשר השלמה כזו, בעיקר לאור העובדה שלאישה הייתה דירה אחת ויחידה<sup>44</sup>. הפרט הגרעיני השני שנעדר מהמסמך היה רכיב התמורה. בית המשפט משתמש בראיה חיצונית – המסמך המאוחר בשנה, שבו מאשרת האישה כי שולמה כבר מלוא התמורה – על מנת להשלים את מה שחסר בהסכם גופו. יש בפסק הדין טשטוש גבולות מסוים בין דרישת כתב מהותית לבין דרישה ראייתית בשני אספקטים: ראשית, הנכונות לאפשר הבאת ראיות חיצוניות למסמך לצורך הבהרת הפרטים ה"גרעיניים" ביותר של העסקה. בכך מצטמצם מעמדו של המסמך הכתוב כמעט ל"ראשית ראיה בכתב", כמו זו הנדרשת לצורך דרישת הכתב הראייתית. שנית, בית המשפט קבע למעשה כי ההסכם כשלעצמו לא עמד בדרישת סעיף 8, אולם דבר זה בא על תיקונו על ידי צירופו בדיעבד של המסמך המאוחר (שנעשה כעבור שנה): "המסמך הראשון (ה"הסכם") לקה בפגם; בא המסמך השני (ה"אישור") ותיקן את הפגם"<sup>45</sup>. כזכור, האפשרות להשתמש במסמך מאוחר לחוזה מאפיינת דרישת כתב ראייתית. אכן, הטשטוש ההולך וגובר בין דרישת כתב מהותית לבין דרישה ראייתית הגיע עד כדי תיאור של דרישת הכתב המהותית של סעיף 8 לחוק המקרקעין על ידי השופט בך בפסק דין אחר, תוך שימוש בטרמינולוגיה ראייתית מובהקת: "...נוכל, אם כן, לסכם, כי דרישת הכתב היא מהותית במובן זה, שללא מסמך בכתב המעיד על קיום עסקה במקרקעין (על כל פרטיה המהותיים שאינם ניתנים להשלמה מהחוק), העסקה איננה תקפה, ולא ניתן להוכיח את קיומה בדרכים חלופיות... עם זאת, אין המסמך חייב לגלם את ההתחייבות עצמה, אלא מספיק שהוא מעיד באופן ברור על קיומה" (ההדגשות אינן במקור)<sup>46</sup>.

"שלב הריכוך השני", המקרב בין דרישת כתב מהותית לבין דרישת כתב ראייתית נותן כאמור מענה למקרים הקשים. מדובר במקרים מעטים וחריגים למדי, אשר בהם אין די בריכוך של "השלב הראשון" כדי למנוע התחמקות בלתי ראויה מחוזה שנכרת<sup>47</sup>.

44 למעשה השלמה כזו כבר נעשתה בפסיקה ישנה יותר. ראו ע"א 774/75 עובדיה נ' אדרבי, פ"ד ל(3) 533, שם תוארה הדירה הנמכרת בתור ה"דירה של צביה עובדיה".

45 עניין אהרונוב, לעיל הערה 43, בע' 171–172.

46 ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשיבי, פ"ד מה(5) 410, 423–424 (להלן: עניין טוקאן).

47 לכאורה, יש לצפות שהצדדים יקפידו על כך שהחוזה הכתוב יכלול לפחות את הפרטים היסודיים ביותר. כאשר חסרים במסמך חלק מהפרטים הגרעיניים הללו, כגון תיאור הנכס או פירוט התמורה, יקשה בדרך כלל להניח כי נתקיימה גמירת הדעת הדרושה. עם זאת, עשויים להיות מצבים חריגים. למשל, כאשר מתקיימת רמת אמון גבוהה במיוחד בין הצדדים, כגון שמדובר בחוזה הנערך בין בני משפחה. במקרים כאלה עשויים הצדדים שלא להקפיד על צדדיו הפורמליים של החוזה. ואכן, הן פסק הדין בעניין אהרונוב, לעיל הערה 43 והן פסק הדין בעניין טוקאן, שם, עוסקים בחוזים שנערכו בין בני משפחה. בפסק דין טוקאן מבהיר השופט בך כי קרבה משפחתית



עם זאת, גם במקרים הקשים הללו קיים לפחות מסמך כלשהו בכתב, גם אם חסר ופגום, אשר מגלם את החוזה גופו. המתח בין דרישת הכתב המהותית לבין שיקולים של צדק והגינות מגיע לשיאו במצב שבו לא נעשה בין הצדדים מסמך כלשהו במועד הכריתה. בדרך כלל אין הצדקה להכיר בתוקפו של חוזה בעל פה לעשות עסקה במקרקעין. אולם הקושי מתעורר במקרה שבו נעשה בין הצדדים חוזה בעל פה למכירת זכות במקרקעין, כאשר אין כל ספק בדבר תוכן ההסכמות שהיו בין הצדדים ובדבר קיומה של גמירת דעת חרף חסרונו של מסמך בכתב, אולם אחד הצדדים (שלעיתים אף עשוי להיות זה שיזם את כריתת החוזה בעל פה דווקא, משיקולים של התחמקות ממס, למשל) מנסה לאחר זמן לנצל בחוסר תום לב לתועלתו את חסרונו של המסמך הכתוב על מנת להתחמק מהחוזה. בכך עוסק "שלב הריכוך השלישי".

תהליך ריכוך דרישת הכתב בפסיקה הגיע לשיאו בשלב השלישי. בשלב זה הכירה הפסיקה באופן עקרוני באפשרות להתגבר גם על היעדרו המוחלט של מסמך כתוב במועד הכריתה, וזאת מכוח עיקרון תום הלב. העמדה שהובעה על ידי השופט ברק בפסק דין זוננשטיין<sup>48</sup> שלפיה "תום לב או כתב – תום לב עדיף", נקבעה כהלכה מחייבת בפסק הדין בעניין קלמר נ' גיא<sup>49</sup>. עם זאת, ראוי לציין כי מדובר בהלכה עקרונית בלבד, אשר למעשה כמעט שאיננה מיושמת בפועל. כבר בעת שנקבעה ההלכה הוצבו גם סייגיה: "השימוש בעיקרון 'המלכותי' של תום לב להגמשת דרישת הכתב צריך להיעשות בזהירות רבה. רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן יש מקום להיזקק לעיקרון תום הלב כדי להתגבר על עיקרון הכתב. המאפיין מצבים אלה הוא שעולה מהם 'זעקת ההגינות' המצדיקה סטייה מעיקרון הכתב"<sup>50</sup>. סייג זה נשמר על ידי בתי המשפט בקפידה. למען האמת, בקפידה כה רבה עד שמבדיקה שערכתי במאגרי המידע הממוחשבים עולה כי ככל הנראה לא נעשה כלל שימוש בהלכת קלמר ביחס לחוזי מקרקעין. מבדיקת הפסיקה עולה כי מאז נקבעה ההלכה, כבר לפני עשור (בשנת 1996), נעשו ניסיונות להסתמך על הלכה זו בכמה עשרות מקרים. בפועל לא

בין הצדדים לחוזה עשויה לאפשר ויתור מסוים ברמת הפירוט לעומת הנדרש בחוזים בין זרים. לעניין זה ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 14 בע' 399 וכן נ' כהן, לעיל הערה 24, המסבירה בדרך זו את הוראתו של סעיף 82(א) לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני, המאפשרת להוכיח בעל פה הסכמים בין קרובים אף כאשר הם מהסוג שיש צורך להוכיחו בכתב. ראו גם: שחר ליפשיץ "הסדרת החוזה הזוגי במשפט הישראלי: מתווה ראשוני" קרית המשפט ד (תשס"ד-תשס"ה) 315-314, 271.

48 עניין זוננשטיין, לעיל הערה 36, בע' 289.

49 עניין קלמר, לעיל הערה 37.

50 דברי הנשיא ברק, שם בע' 197-198. גם השופט גולדברג, אשר הצטרף לדעת הנשיא ברק מתוך שסבר כי "בנסיבותיו של מקרה זה יש להעדיף את ערך ההגינות על דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין", הזהיר מפני האפשרות "שיישום עיקרון זה לא יפרוץ מעבר למותחם, ויגבל למקרים שבהם הייתה הסתמכות משמעותית על החוזה, שהתעלמות ממנה תוביל לתוצאה קשה ובלתי צודקת הנוגדת כללים בסיסיים של הגינות".

התקבלה הטענה ביחס לחוזים במקרקעין, לפחות ככל שעלה בידי לבדוק, ולו בפסק דין אחד<sup>51</sup>.

לסיכום, ניתן לראות כיצד הקביעה שלפיה דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין היא מהותית גרמה לאורך השנים לניסיונות חוזרים ונשנים לנצל הלכה זו לרעה. למרות זאת, לא חזר בו מעולם בית המשפט מהעמדה העקרונית שלפיה דרישת הכתב בחוזי מקרקעין היא מהותית. במקום זאת, השכיל בית המשפט במהלך השנים להתמודד עם התופעה תוך פיתוח דרכים לריכוכה של דרישת הכתב ומציאת האיזון שבין הקפדה על מהותיות הכתב מחד גיסא, לבין השמירה מפני ניצול לרעה של דרישת הכתב המהותית לצורך התחמקות לא הוגנת מחוזים מאידך גיסא. ברובם המכריע של המקרים הצליח בית המשפט למנוע את השימוש לרעה בדרישת הכתב המהותית על ידי ההפעלה של "שלב הריכוך הראשון", דהיינו על ידי הסתפקות בכמות המינימלית ההכרחית של פרטים המופיעים בחוזה הכתוב תוך השלמה נורמטיבית של הפרטים החסרים (והכול בכפוף לכך שבית המשפט השתכנע שהייתה העדה מספקת ביחס לגמירת דעתם של הצדדים). במקרים הקשים יותר, אך המעטים יחסית, הפעיל בית המשפט את "שלב הריכוך השני", אשר מצמצם מאד את הפער בין דרישת כתב מהותית לבין דרישת כתב ראייתית. במקרים אלה מאפשר בית המשפט להוכיח את תוכנו של הסכמות שהושגו מחוץ לגבולותיו של המסמך הכתוב על ידי שימוש בראיות חיצוניות למסמך. על ידי כך מתאפשרת השלמתם של פרטים גרעיניים, שלולא הושלמו לא ניתן היה להכיר בתוקפו של החוזה. השלמה זו מתאפשרת גם באמצעות שימוש במסמכים מאוחרים לחוזה. במקרים הנדירים עוד יותר, אשר מהם עולה "זעקת הגינות" בעלת עוצמה מיוחדת, מאפשרת ההלכה הפסוקה להתגבר על

51 למעשה הטענה התקבלה במקרה אחד, על ידי השופט סטרשנוב בבית המשפט המחוזי בתל-אביב: ת"א (תל-אביב) 882/96 עלריג נכסים בע"מ נ' קלקא, תק"מ 2000(3) 5488. אלא שבערעור לבית המשפט העליון נדחתה הטענה ונקבע כי: "המקרה שלפנינו איננו מיוחד או יוצא-דופן, אלא אחד מן המקרים הרגילים והשכיחים, שבהם מתקשרים בחוזה הכולל התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין אינם טורחים, מסיבה זו או אחרת, לעגן את התקשרותם בכתב. לא למותר להוסיף, כי בהיותו איש עסקים מנוסה חזקה על ריגור שהיטיב לדעת, כי התחייבות ברנדר להקנות לו את הזכויות בחלקות העירייה טעונה מסמך בכתב. משלא נערך מסמך כזה, אין תוקף משפטי להתחייבותו האמורה של ברנדר". ראו: ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ ואח' נ' ברנדר, פ"ד נז(1) 158, 170-171. אולם, על אף העובדה שבבית המשפט העליון נדחה הניסיון להסתמך על הלכת קלמר, דומני כי פסק הדין מסמן דרך נוספת לריכוך דרישת הכתב בחוזי מקרקעין. אמנם נקבע כי בהיעדר כתב אין תוקף לחוזה, אך באותה נשימה קבע בית המשפט כי הופרה חובת תום הלב במשא ומתן והעניק פיצויים בהיקף מלא, הכוללים רווח נמנע, וזאת בהסתמך על ההלכה שנקבע בע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה, פ"ד נו(3) 289. מבחינה מעשית פיצויים כאלה משקפים את אינטרס הקיום והם שווים ערך לאכיפה. דרך זו של מתן פיצויי קיום בגין הפרת חובת תום הלב במשא ומתן (מבלי להכיר בתוקפו של החוזה) מהווה למעשה דרך נוספת לריכוך דרישת הכתב, לפחות באותם מקרים בהם אין לנפגע אינטרס מיוחד בביצוע בעין של העסקה והוא נכון להסתפק בפיצוי כספי.

חסר בדרישת הכתב באמצעות עיקרון תום הלב. התוצאה הסופית היא שבעקבות ההתפתחות האבולוציונית שעברה מאז חקיקתו של סעיף 8 מייצגת כיום ההלכה הקיימת דין מאוזן. דומה כי הראיה הטובה ביותר לכך שנושא הכתב במקרקעין הגיע "אל המנוחה ואל הנחלה" היא מיעוט ההתדיינות (וגם מיעוט הכתיבה האקדמית) בנושא זה בשנים האחרונות. אלא שבהצעת הקודקס מוצע כעת הסדר משפטי חדש, אשר למיטב הבנתי אינו משקף את הדין הקיים. הדבר מעורר תמיהה, שכן גישתה העקרונית של הוועדה הייתה שביחס להסדרים משפטיים שבהם הדין הקיים (משמע, ההוראה החקוקה בצירוף הרובד של ההלכות הפסוקות אשר פירשו, השלימו ופיתחו אותה) מייצג הסדר משפטי משביע רצון, הצעת הקודקס רק תשקף צילום מצב עדכני של אותו דין (בבחינת Restatement ישראלי<sup>52</sup>). חלק ניכר מההסדרים שבהצעה הם אכן כאלה. משום מה בחרה הוועדה שלא לנהוג כך ביחס לדרישת הכתב במקרקעין למרות שהדין כיום (בניגוד למצב שהיה לפני הפיתוח ההלכתי של סעיף 8 לחוק המקרקעין) הוא בהחלט דין ראוי ומאוזן. כפי שיובהר להלן, ספק בעיני האם ההסדר המוצע עדיף על זה הקיים.

## 2.2. דרישת הכתב לפי הצעת הקודקס האזרחי: בחינה ביקורתית

למיטב הבנתי, ועל אף שדברי ההסבר לסעיף 714 אינם משקפים זאת, נוסחו של הסעיף המוצע מעיד על שינוי תפיסתי יסודי בנושא דרישת הכתב במקרקעין. תחילה ראוי לחזור ולהדגיש כי חרף כל שלבי הריכוך בפרשנותו של סעיף 8 לחוק המקרקעין כפי שתוארו לעיל, הגישה העקרונית בפסיקה נותרה גם כיום בעינה, דהיינו שמדובר עדיין בדרישה מהותית. גם על פי הגישה המרוככת הנוהגת כיום, ברוב המוחלט של המקרים לא יהיה תוקף לחוזה ללא מסמך כתוב המגלם את החוזה גופו<sup>53</sup>. לעומת זאת, אני סבור כי דרישת הכתב שבסעיף 714 להצעה היא בעלת אופי ראייתי מובהק. רמז לכך ניתן למצוא כבר בשימוש במונח "תיעוד בכתב". אמנם ההסבר לשימוש במונח זה (חלף ה"מסמך בכתב" הקיים כיום) הוא ברצון להתאים את הדין למציאות שבה הטכנולוגיה מאפשרת גם תיעוד כתוב באמצעים שונים ממסמכי הנייר המסורתיים<sup>54</sup>, אולם לא ניתן

52 לכן שבמקרים רבים ההסדרים שבהצעת הקודקס מהווים "צילום" של הפסיקה הקיימת ועל כך שחלקים אלה הם מעין Restatement ישראלי ראו דויטש, לעיל הערה 19, בע' 21.

53 וראו, לאחרונה, דעת הרוב בע"א 2143/00 לוינ' נ' שולר, פ"ד נז(3) 193.

54 לכן שהמונח "מסמך" מכונן לכתב על גבי נייר ראו ההגדרה במילון "אבן שושן": מסמך – "תעודה, נייר שמסתמכים עליו". התאמת המינוח הלשוני בענייני כתב לשינויי הטכנולוגיה איננה ייחודית לקודקס הישראלי. במהדורה החמישית של Calamari & Perillo, *supra* note 16, בפרק העוסק בדרישת הכתב במסגרת ה-Statute of Frauds, הוחלפה בכותרת הפרק המילה "writing" (שהופיעה בכל המהדורות הקודמות) במילה "record" והסיבה לכך הייתה בדיוק זו: הרחבת התיעוד גם באמצעות שימוש בטכניקות כתב חלופיות, כגון מסמכים אלקטרוניים. (*ibid* at p. 741).

להתעלם מההקשר הראייתי הברור של המושג "תיעוד". מקורן של המילים "תיעוד" ו"עדות" הוא מאותו שורש. תעודה היא "כתב הניתן לעדות", ו"תיעוד" היא "פעולת איסוף וריכוז של תעודות"<sup>55</sup>. יתרה מכך, הביטוי "תיעוד בכתב" אינו זר לחקיקה הישראלית. הוא מופיע כבר בשלושה חוקים שונים ותמיד בהקשר ראייתי מובהק<sup>56</sup>. מכאן שהסעיף המוצע נוקט בבירור לשון ראייתית. אולם לא רק הלשון מרמזת על דרישת כתב ראייתית, אלא הדבר נובע גם ובעיקר מהתכלית המשתמעת מהסעיף המוצע. כפי שכבר הובהר לעיל, תכליתה של דרישת הכתב המהותית שבסעיף 8 הייתה להבטיח רצינות יתרה מצד המתחייב בעסקת מקרקעין, בשל המשמעות והחשיבות המיוחדת שמייחסים לעסקה כזו. המסמך נועד להשיג הפרדה ברורה בין השלב הטרומי חוזי לבין השלב החוזי כדי לאפשר את המוכנות הנפשית המיוחדת לקראת כריתתו של חוזה במקרקעין. המסמך הכתוב לא בא אך להעיד על גמירת הדעת, אלא הוא עצמו נתפס כאמצעי המרכזי לגיבושה. ואילו כעת, כל סעיף 714 להצעה דורש הוא תיעוד בכתב "המשקף את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה". נובע בבירור כי לפי הסעיף המוצע המסמך הכתוב אינו מהווה אמצעי להשגתה של גמירת הדעת, אלא רק בא "לשקף" גמירת דעת קיימת, שעשויה הייתה להתגבש גם ללא קשר לקיומו של המסמך הכתוב. תכליתו של המסמך, כפי שהיא עולה מאופן ניסוחו של הסעיף, היא לשמש כראיה לשם הוכחת גמירת דעתם של הצדדים ותו לא. תיעוד כתוב המשקף את גמירת דעתם של הצדדים גם אינו חייב בהכרח לכלול את פרטי העסקה (ואכן, דרישת הכתב לפי לשון הסעיף מתייחסת אך לרכיב גמירת הדעת ולא לרכיב המסוימות).

סיכומו של דבר, הן לפי לשונו של הסעיף המוצע והן על פי תכליתו כפי שהיא משתמעת מתוך נוסח הסעיף, אני סבור כי סעיף 714 להצעה משקף מעבר מדרישת כתב מהותית לדרישה ראייתית. זהו כאמור שינוי יסודי ועקרוני ביחס לדרישת הכתב בחוזי מקרקעין. אמנם ראינו כי חלק מתהליך הריכוך של דרישת הכתב הקיימת יצר טשטוש מסוים בין אופייה המהותי לבין המאפיינים של דרישת כתב ראייתית (וזאת במסגרת "שלב הריכוך השני" שנדון לעיל), אולם הדבר קרה אך במיעוט קטן

55 מילון "אבן שושן" הגדרת המונחים "תיעוד" ו"תעודה". וכך גם במקורותינו הקדומים. במגילת רות נאמר (פרק ד, פסוק ז): "וזאת לפני ישראל על – הגאולה ועל-התמורה לקיים כל-דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו וזאת התעודה בישראל". ומפרש רש"י: "וזאת התעודה בישראל – משפט העדות". וכן בפירוש אבן-עזרא: "וזאת התעודה – מגירת עדות".

56 ראו סעיף 9 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955 ("רשאי בית המשפט לקבל כראיה, תיעוד בכתב של החקירה שנעשה בידי חוקר הילדים"); סעיף 141(ב) לתקנות מס הכנסה (כללים לאישור ולניהול קופות גמל), תשכ"ד-1964 ("הקופה תשמור תיעוד בכתב של פרטי האסיפה..."); סעיף 4(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 ("תיעוד בכתב של חקירת חשוד יכול ללול את עיקר חילופי הדברים וכן התגובות או תנועות הגוף שהן תחליף לחילופי דברים, שנעשו בין חוקר לחשוד או בנוכחותו של חשוד, באופן שישקף נכונה את המתרחש בחקירה, מראשיתה ועד סופה; התיעוד בכתב ייערך בו זמנית עם חקירת החשוד או סמוך לה ככל האפשר").

של מקרים קשים במיוחד, בעוד שביסודה וביחס לרוב המכריע של המקרים נותרה הדרישה בעלת אופי מהותי ברור. נשאלת כמובן השאלה, האם יש פסול כלשהו ברצון לחזור כעת, לאחר כמעט ארבעה עשורים של דרישת כתב מהותית, אל דרישת הכתב הראייתית? דומני שעל פי המדיניות שהנחתה את ועדת הקודיפיקציה, לנסות להימנע במידת האפשר מלשנות הסדרים משפטיים שאינם מחייבים שינוי, השאלה המתבקשת היא הפוכה. דהיינו, האם יש יתרון כלשהו לחזור כעת לדרישת הכתב הראייתית, לאחר אבולוציה פסיקתית של כמעט ארבעים שנה? דומה שהתשובה המתבקשת לכך היא שלילית. ראוי לזכור כי ההסתייגות שהביע בשעתו פרופ' דניאל פרידמן מהלכת הכתב המהותי באה בעיקר על רקע העובדה שבאותה העת שבה נכתבו הדברים<sup>57</sup> לא פותחה עדיין דיה תורת משפט ישראלית המאפשרת את ריכוכה של דרישת הכתב במקרים המתאימים. מאז התקדמנו כבדת דרך ארוכה. במהלך השנים פיתחה הפסיקה דרכים מגוונות לשם ריכוך דרישת הכתב. לא זו בלבד שצומצם היקף הפרטים הנדרשים, אלא שבמקרים המתאימים אף נעשה שימוש בטכניקות ריכוך נוספות, המוכרות גם משיטות משפט זרות, כגון שימוש בעיקרון תום הלב על מנת להתגבר על דרישת הכתב, בדומה לנעשה במשפט הגרמני<sup>58</sup> וכגון האפשרות הנזכרת אף היא בפסיקה של שימוש בעקרון של "קיום עיקר החוזה" (Part Performance) כתחליף לכתב<sup>59</sup>, בדומה למה שנעשה בעבר במשפט האנגלי<sup>60</sup>. פיתוח הדרגתי זה של תורת משפט מרככת הביא בסופו של

57 פרידמן, לעיל הערה 25. המאמר פורסם בשנת 1980.

58 לפסיקה גרמנית שבה נעשה שימוש בעיקרון תום הלב על מנת להתגבר על דרישות צורה ראו: Y. Sussman "A Forecast of Problems in the Law of Contracts" 2 *Tel Aviv Univ. Stud.* 29-31 (1976). בדומה לכך, במשפט האמריקני נעשה שימוש בדוקטרינת השתק ההבטחה (Promissory Estoppel) כדי להתגבר על מקרים שבהם לא קוימו דרישות הכתב של ה-Statute of frauds. ראו: Calamari & Perillo, *supra* note 16, at pp. 799-801. המחברים מציינים כי המגמה המסתמנת היא בכיוון של הרחבת השימוש בדוקטרינה של השתק הבטחה בהקשר של דרישת הכתב. הדבר בא לידי ביטוי למשל בהרחבת תחולתה של דוקטרינת השתק ההבטחה לגבי דרישות הכתב במסגרת ה-Restatement (Second) on Contracts לעומת היקפה בסעיף 178 ל-Restatement הראשון.

59 ראו, למשל, פסק דינו של השופט זמיר בעניין קלמר, לעיל הערה 37 וכן פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן בע"א 6648/98 עיריית הוד השרון נ' שיכון אורחי בע"מ, תק"על 2003 (2) 1990. ראו גם הערות 66, 65 להלן והטקסט שלידן. העיקרון של "קיום עיקר החוזה" כתחליף לדרישת צורה מהותית מגולם גם בסעיף 185 להצעת הקודקס.

60 במשפט האנגלי נעשה בעבר שימוש בעיקרון ה-Part Performance על מנת להתגבר על דרישות הכתב בחוזי מקרקעין. דרישה זו הופיעה בסעיף 40 ל-Law of Property Act 1925 שאימץ למעשה את דרישת הכתב שהייתה קיימת קודם לכן מכוח סעיף 4 ל-Statute of Frauds 1677. אלא שכיום דרישת הכתב במקרקעין במשפט האנגלי מעוגנת בסעיף 2 ל-Law of Property Act 1989 (C. 34) (Miscellaneous Provisions). בעוד שבחוק הקודם דרישת הכתב הייתה ראייתית, הרי שבחוק החדש מ-1989 מדובר בדרישת כתב מהותית שבהיעדרה אין תוקף לחוזה. בשל המעבר לדרישה מהותית הובעה הדעה כי לא ניתן לעשות עוד שימוש בעיקרון של Part Performance לשם התגברות על דרישת הכתב במקרים המתאימים. במקום זאת אומצו שיטות ריכוך חלופיות, כגון נאמנות קונסטרוקטיבית, השתק ואמצעי השלמה של פרטים מהותיים חסרים

תהליך לדין מאוזן ויעיל למדי. ספק בעיניי האם דווקא כעת יש הצדקה לשנות את מה שעל פניו אינו נראה כמחייב שינוי.

יתר על כן, אף אילו ניתן היה למצוא הצדקה למעבר לדרישת כתב ראייתית, הרי האופן שבו מנוסח סעיף 714 מייצג דרישת כתב ראייתית בעלת מאפיינים לא שגורתיים. נוסחו של סעיף 714 עלול לעורר לדעתי שני קשיים מרכזיים. ראשית, מנוסח הסעיף נובע לכאורה כי מועד יצירתו של התיעוד הכתוב צריך להתקיים דווקא בשעת כריתת החוזה. תנאי כזה אופייני לדרישות כתב מהותיות, אך הוא זר לתכלית הראייתית של הכתב ודומני ששעטנו כזה עלול לעורר קושי. שנית, נובע לכאורה מנוסח הסעיף המוצע כי התיעוד הכתוב ישמש כראיה אקסקלוסיבית להוכחת גמירת הדעת וזאת בניגוד לגישה הרווחת כיום, שלפיה העדה על גמירת דעת נבחנת על פי מכלול שלם של נסיבות וראיות. להלן אעמוד ביתר פירוט על שתי הנקודות הללו.

### ג.2.א. עיתוי יצירתו של ה"תיעוד בכתב"

כאמור, הן מבחינה לשונית והן לפי תכליתו של הסעיף המוצע, משתמע כי דרישת הכתב שבסעיף 714 להצעת הקודקס היא דרישה ראייתית. אולם, בניגוד למקובל בדרך כלל ביחס לדרישות כתב מסוג זה, עולה לכאורה מהסעיף כי המסמך הכתוב הנדרש לשם הוכחת גמירת הדעת חייב להיות דווקא כזה שנעשה במועד ההתחייבות. דבר זה נובע מאופן הניסוח של הסעיף הקובע כי "התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, וכן המחאה... טעונה תיעוד בכתב, המשקף את גמירת דעתם של הצדדים...". משמע, שההתחייבות (או המחאה או ההתחייבות להמחות) גופה טעונה כתב, אולם כתב זה נועד למטרה ראייתית מוגדרת: הוכחת ("שיקוף") גמירת הדעת. זהו שעטנו מוזר למדי. כפי שכבר הובהר לעיל, בדרישות כתב שתכליתן היא ראייתית אין מניעה עקרונית לכך שהמסמך המוכיח את קיום החוזה יהיה גם מסמך מאוחר לחוזה עצמו. דומני כי אותו עיקרון אמור לחול גם ביחס למסמך שתפקידו הוא להוכיח את גמירת הדעת. כידוע, על פי הפסיקה הקיימת ניתן להסיק על קיומה של גמירת דעת (בחוזים בכלל ולא דווקא בהקשר של מקרקעין) גם מתוך דברים שהתרחשו לאחר כריתת החוזה. כך למשל, התנהגות הצדדים לאחר מועד הכריתה עשויה להעיד בדיעבד על גמירת דעתם<sup>61</sup>. מכאן שאם כל מטרתו של התיעוד הכתוב היא להוכיח את גמירת

ראו: *Yaxley v. Gotts* (Court of Appeal) [2000] Ch.D. 162, at p. 193. מעניין ואולי אף משונה לראות שבעוד שבמשפט האנגלי הוחלפה דרישת הכתב הראייתית במקרקעין, שהייתה בת מאות שנים, בדרישת כתב מהותית, מסתמן כעת בארץ תהליך הפוך דווקא. עוד מעניין לציין כי בניגוד לעמדה שנקטה באנגליה, סעיף 185 להצעת הקודיפיקציה דווקא מאפשר להתגבר על חסר בדרישת צורה מהותית באמצעות העיקרון של קיום עיקר החוזה.

<sup>61</sup> ישנם פסקי דין רבים שבהם הסיק בית המשפט מסקנות ביחס לגמירת דעתם של הצדדים גם מתוך דברים שהתרחשו לאחר הכריתה. כדוגמה אחת ראו, למשל, ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' סמיר, פ"ד נ(5), 820, 832-833 (להלן: עניין דור אנרגיה): "... לאינדיקציות

הדעת, הרי שאין כל הכרח שהתיעוד המדובר בסעיף 714 יהיה במועד ההתחייבות דווקא. תיעוד כזה יכול להיות תיעוד מאוחר יותר המשקף בדיעבד את גמירת דעתם של הצדדים במועד הכריתה. כך לדוגמה, מסמך מאוחר הניתן כחלק משלבי הביצוע של החוזה (כגון קבלה על תשלום) עשוי לשקף את גמירת דעתם של הצדדים, אף אם החוזה כולו נעשה בעל פה. חילופי מכתבים מאוחרים בין הצדדים עשויים אף הם לשקף גמירת דעת. יתר על כן, באחד המקרים ראה בית המשפט מכתב ששלח צד לחוזה אל צד שלישי (עימו ניהל משא ומתן מקביל ערב כריתתו של החוזה המדובר) ובו הודיעו כי אין בכוונתו להתקשר עימו בחוזה, כמעיד על קיומה של גמירת דעת ביחס לחוזה הראשון: "... שאם לא תאמר כן, מדוע נחפז המשיב להודיע למשיבה על סיום המשא ומתן ביניהם? אם נשאר עדיין נושאים השנויים במחלוקת בין הצדדים, והוא לא גמר עדיין בדעתו, הוא לא היה שומט מידיו, כמתקשר סביר, את האופציה של התקשרות עם המשיבה..."<sup>62</sup>. נובע, אם כן, שגם מכתב מאוחר לחוזה המופנה בכלל לצד שלישי עשוי לשמש בתור תיעוד בכתב המשקף את גמירת דעתם של הצדדים.

האם יוכל בית המשפט להכיר בתוקפו של החוזה על סמך תיעוד כתוב מאוחר לחוזה המשקף באופן ברור וחד משמעי את גמירת דעתם של הצדדים? כפי שהוסבר לעיל, אני סבור שהתשובה לשאלה זו צריכה להיות בחיוב, הן לאור אופייה הראייתי של דרישת הכתב שבסעיף 714 והן על יסוד הפסיקה הקיימת המאפשרת להוכיח גמירת דעת גם על בסיס ראיות מאוחרות למועד הכריתה. אולם ספק רב אם לשונו של סעיף 714 תומכת באפשרות כזו.

### ג.2.ב. "תיעוד בכתב" כאמצעי הוכחה בלעדי?

דומני כי קושי נוסף עלול לנבוע מכך שמלשונו של סעיף 714 עולה לכאורה שה"תיעוד בכתב" הוא בגדר ראיה אקסקלוסיבית להוכחת גמירת הדעת.

לפי האמור בסעיף 714 להצעה, הראייה הכתובה נחוצה לשם הוכחתו של רכיב גמירת הדעת, שהינו הרכיב המהותי והעיקרי בכינונו של חוזה תקף<sup>63</sup>. אלא שהסעיף

(לקיומה של גמירת דעת – מ'ג') הנובעות מנוסח סיכום הדברים יש להוסיף את התנהגותו של המשיב לאחר החתימה על סיכום הדברים, התנהגות אשר נזכרה כבר לעיל. התנהגות זו מלמדת על כך, שלאחר הסיכום שהושג בפגישה הוא ראה את עצמו קשור בחוזה עם המערערת. מיד לאחר החתימה ניסח בא"כוחו, עורך-דין ביאדסי, מכתב אל המשיבה ובו הודיע לה על סיום המשא ומתן ביניהם ועל אי-רצונו לחדש עימה את החוזה. המשיב עצמו חתם על המכתב. בנוסף, כפי שקבע בית המשפט קמא, נפרדו הצדדים באותו הערב בתקיעת כף ובברכה על המוגמר. למחרת היום הגיע המשיב לטקס פתיחת תחנת תדלוק אחרת בה משווקים דלקיה של המערערת וסיפר לנוכחים על שליחת המכתב למשיבה. רצף הפעולות שביצע המשיב מעיד על כך שהוא ראה את עצמו קשור בחוזה עם המערערת..."

<sup>62</sup> עניין דור אנרגיה, שם, בע' 832–833.

<sup>63</sup> מכאן גם משתמע לכאורה שאין דרישת כתב ביחס לרכיב המסוימות. משמע שפרטי העסקה ניתנים להוכחה גם בעל פה אם הוכחה גמירת דעתם של הצדדים באמצעות המסמך הכתוב. גם בכך יש כדי לחזק את האופי הראייתי של דרישת הכתב שבסעיף 714.

נוקט בהקשר זה ביטוי מיוחד, שאיננו אופייני לדרישות כתב ראייתיות. לפי האמור בסעיף, ההתחייבות "טעונה" תיעוד בכתב לשם הוכחת גמירת דעתם של הצדדים. לא ניתן להתעלם כמובן מהמורשת הפרשנית של סעיף 8 לחוק המקרקעין, אשר ייחסה לביטוי "טעונה" משמעות מנדטורית וקונסטטוטטיבית<sup>64</sup>. כפי שבסעיף 7(א) לחוק המקרקעין משמעותן של המילים "טעונה רישום" היא שהרישום הוא הדרך היחידה לכינונה של עסקה תקפה במקרקעין, וכפי שמשמעותן של המילים "טעונה מסמך בכתב" שבסעיף 8 לחוק המקרקעין על פי הפסיקה היא שניתן ליצור התחייבות תקפה לעשות עסקה במקרקעין אך ורק באמצעות מסמך בכתב, כך ניתן להניח שהבחירה בביטוי "טעונה תיעוד בכתב" בסעיף 714 איננה אקראית. מאחר שברור שמנסחיו של הסעיף היו מודעים למורשת הפרשנית הטעונה של הביטוי "טעונה", המסקנה המתבקשת לכאורה היא שלפי סעיף 714 הראייה היחידה שבאמצעותה ניתן להוכיח את גמירת דעתו של המתחייב בעסקת מקרקעין היא תיעוד בכתב. ליתר דיוק ולצורך שלמות התמונה יש להזכיר בהקשר זה גם את סעיף 185 להצעת הקודקס האזרחי, הקובע:

185. צורת החוזה:

נקבע בדין או בחוזה כי צורה מסוימת של החוזה היא תנאי לתוקפו, ותנאי זה לא קיים, אך החוזה קיים במלואו או בחלקו המהותי, יבוא קיום החוזה במקום דרישת הצורה.

סעיף זה מבטא את התפיסה הרווחת, הן אצלנו והן בשיטות משפט אחרות, שלפיה ביצוע בפועל של החוזה (או לפחות של חלקו המהותי) מבטיח את קיומה של גמירת הדעת, והוא משמש לפיכך תחליף נאות לדרישת הכתב<sup>65</sup>. תכליתה של דרישת הכתב מתמלאת למעשה באמצעות הביצוע בפועל<sup>66</sup>. אמנם סעיף 185 קובע כי קיום בפועל

64 כבר בעניין גרוסמן, לעיל הערה 15, בע' 788 עמד השופט זוסמן על כך שהמילים "טעונה מסמך בכתב" בסעיף 8 לחוק המקרקעין מעידים על כך שמדובר בדרישה קונסטטוטטיבית, כפי שבסעיף 7(א) לחוק המקרקעין הביטוי "טעונה רישום" מעיד על דרישת רישום קונסטטוטטיבית.

65 ראו: 41 Colum. L. Rev. (1941) 799, 805 L. L. Fuller "Consideration and Form" אצלנו עקרון זה נזכר כמה וכמה פעמים בפסיקה. ראו, למשל, ד"ר 2/84 רוזנברג נ' רובינשטיין, פ"ד לח(3) 689 שם מציין השופט ד' לוין בהקשר של דרישת הכתב שבסעיף 82 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967: "... ההיגיון, המונח ביסודה של דרישת הכתב המהותית, הוא ביכולת להשתכנע, כי אכן נתגבשה לבטח גמירת דעתם של הצדדים בעסקאות רציניות, בהן המחוקק ראה לנכון להעדיף אינטרס זה על-פני העיקרון הכללי, הקובע כי "חוזים יש לקיים", על-אף המחיר הכבד של פגיעה אפשרית בהגינות המסחרית על-ידי צד להסכם, המתכחש להסכם בו התחייב. אולם היגיון זה אינו חל במקרה בו עסקינן: גמירת דעתו של העותר הוכחה לפני בית המשפט המחוזי, ואף בית-משפט זה חזר ואישר, כי גמירות דעת זו באה לידי ביטוי לא רק בעת עריכת ההסכם שבעל-פה, אלא גם בעצם העובדה, כי במשך שנים מספר לאחר מכן פעלה חברת עין טל בע"מ לאורו...". ראו גם פרידמן וכהן, לעיל הערה 14, בע' 399-400; דויטש, לעיל הערה 19 בע' 431.

66 כך לדוגמה בעניין קלמר, לעיל הערה 37, היה מדובר בעסקת קומבינציה. הקונים השלימו למעשה את עבודות הבנייה אשר התחייבו לבצע בתמורה להקניית מחצית מזכויות הבעלות בחלקת



עשוי לשמש כתחליף לדרישת כתב מהותית, בעוד שלפי ההסבר שלעיל דרישת הכתב שבסעיף 714 היא בעלת אופי ראייתי. אולם, ברור שאם קיום בפועל עשוי להחליף דרישה מהותית יש להניח מקל וחומר שהוא מתגבר גם על חסרונו של כתב כאשר הדרישה היא ראייתית. גם הרציונל שעומד ביסוד סעיף 185 מחייב מסקנה כזו, שכן ביצוע בפועל של החוזה מהווה למעשה ראייה כבדת משקל לקיומה של גמירת דעת. המסקנה הנובעת מהחיבור של סעיפים 714 ו-185 להצעה היא שבחוזים להעברת זכות במקרקעין ניתן להוכיח את גמירת הדעת אך ורק באמצעות תיעוד בכתב או לחלופין באמצעות קיום בפועל של החוזה או לפחות של חלקו המהותי. הגישה שלפיה ניתן להוכיח את גמירת דעתם של הצדדים בעסקת מקרקעין אך ורק באמצעות שני סוגים של ראיות (תיעוד בכתב או קיום בפועל) עשויה לעורר תמיהה מסוימת.

ראשית, עמדה זו מנוגדת לגישה המקובלת כיום, שלפיה ניתן להוכיח את גמירת דעתם של צדדים לחוזה באמצעות מכלול שלם של ראיות: הן ראיות הנובעות מתוכנו של החוזה עצמו, הן ראיות הנוגעות להתנהגות הצדדים בעת הכריתה והן ראיות הנוגעות להתנהגות הצדדים לאחר מועד הכריתה<sup>67</sup>. כעת מוצע כי דווקא בחוזי מקרקעין יצומצם היקף הראיות שבאמצעותן ניתן יהיה להוכיח את גמירת הדעת באופן שהראיות היחידות שיהיו קבילות לשם כך יהיו תיעוד בכתב או קיום בפועל. שנית, בדיני הראיות המודרניים קיימת מגמה ברורה להחליף כללים של קבילות בכללים של משקל. זוהי אחת המגמות המוצהרות בפסיקת בית המשפט העליון בישראל<sup>68</sup>.

המקרקעין. בכך בוצע בפועל חלק מהותי מהחווה. השופט זמיר התייחס לכך בפסק דינו: "ביצוע חלקי של עסקה במקרקעין עשוי להעיד, במבט לאחור, על עצם העריכה ועל פרטים מהותיים של העסקה. כך, כמובן, אם ובמידה שהביצוע הוא פועל יוצא של העסקה, כלומר, שעצם הביצוע מחייב מסקנה שאכן נערכה עסקה במקרקעין בין הצדדים. ביצוע כזה, כגון, כאשר בעל מקרקעין מוסר לקבלן חזקה בחלק מן הבניין שנבנה על ידי הקבלן, עשוי לספק את ההוכחה הנדרשת בדבר גמירת הדעת של הצדדים, אותה מספק בדרך כלל הכתב. כמו כן, הביצוע עשוי להוכיח, לא פחות מכתב, פרטים מהותיים הנדרשים כדי לגבש עסקה במקרקעין, כגון זיהוי המקרקעין והמפרט הטכני של הבניה. הביצוע יכול אפילו לייתר פרטים מהותיים מסויימים כמו, למשל, מועד הבניה והתמורה המוסכמת. הוא יכול לבוא במקום קבלה חתומה האומרת שהצד השני קיים את ההתחייבות שקיבל על עצמו בעסקה. מבחינת התכלית של דרישת הכתב, הביצוע עשוי ללמד על גמירת הדעת של הצדדים ועל המסויימות של העסקה לא פחות ממסמך. הבנין בשטח עשוי למלא ביעילות את התפקיד של כתב על נייר. הבנין הוא, כביכול, המסמך. באחת, ביצוע חלקי של עסקת קומבינציה עשוי להחליש את דרישת הכתב, באופן שהוא מאפשר להסתפק ברמה נמוכה יותר של כתב, ולמלא את החסר בכתב באמצעות העובדות בשטח".

<sup>67</sup> ראו לדוגמה עניין דור אנרגיה, לעיל הערה 61. ראו גם: עניין רבינאי, לעיל הערה 15 בע' 287, דברי השופט ברק: "המבחן הראשון לתוקפו המשפטי של זכרון הדברים הוא בכוונתם של הצדדים... על כוונה זו יש ללמוד, על-פי אמות המידה של האדם הסביר, מהתנהגותם של הצדדים לפני, בשעת ולאחר ההסכמה על זיכרון הדברים ומתוכן זיכרון הדברים עצמו...".

<sup>68</sup> מגמה זו של מעבר מכללים של קבילות לכללים של משקל באה לידי ביטוי הן בדין האזרחי והן בדין הפלילי. זוהי גם אחת מההנמקות החשובות למעבר מפרשנות דו-שלבית של חוזים

בניגוד גמור למגמה זו, ההסדר המוצע מחזיר אותנו אחורה לעידן של דיני ראיות המבוססים על כללים נוקשים של קבילות.

אכן, אין לכחד כי בדרך כלל מסמך כתוב או ביצוע בפועל עשויים לשמש ראיות כבדות משקל לשם הוכחת קיומה של גמירת דעת. יתר על כן, ניתן גם להצדיק בהחלט דרישה לכך שגמירת הדעת דווקא בעסקאות מקרקעין<sup>69</sup> תהיה טעונה הוכחה באמצעות ראיות בעלות משקל גדול יותר מאשר בעסקאות אחרות. אולם מכאן לא נובעת המסקנה שמסמך בכתב או קיום בפועל חייבים להיות דרכי ההוכחה היחידות האפשריות. עקרונית ייתכנו גם מקרים שבהם ניתן לשכנע את בית המשפט בקיומה של גמירת דעת על יסוד משקלן המצטבר של ראיות אחרות. האם רשאי יהיה בית המשפט לקחת ראיות כאלה בחשבון? לאור העובדה שתכליתה של דרישת הכתב בסעיף 714 היא ראייתית ולאור המגמה המודרנית בדיני הראיות השוללת מגבלות של קבילות, התשובה הרצויה לשאלה זו אמורה להיות חיובית. אולם האופן שבו מנוסחת דרישת הכתב בסעיף 714 עלול למנוע כל אפשרות להוכיח גמירת דעת בדרכים חלופיות. יתר על כן, אפילו לפי הגישה הישנה של דיני הראיות המבוססת על כללים של קבילות, כאשר הייתה בחוק דרישת כתב ראייתית עדיין נמצאו דרכים שבאמצעותן ניתן היה להתגבר על היעדר כתב, כגון הודאת בעל דין. האם דרכים אלה אפשריות גם במסגרת הסעיף המוצע? מסופקני. נניח כי במקרה מסוים אין תיעוד בכתב וגם לא היה עדיין קיום בפועל של חלקו המהותי של החוזה, אולם עלה בידי התובע לחלץ מהנתבע הודאת בעל דין בדבר קיומו של החוזה (או ליתר דיוק בדבר קיומה של גמירת דעת בעת הכריתה). האם אז יכיר בית המשפט בתוקפו של החוזה? אילו מדובר היה בדרישת כתב

לפרשנות חד-שלבית. ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (הנשיא ברק בעמודים 278–279): "אכן, מה שנדרש אינו כלל ראיית נוקשה בדבר אי 'קבילות' ראיות על נסיבות חיצוניות – וכזהו הכלל הרואה בלשון הברורה אמת מידה לאי פניה לנסיבות חיצוניות... אלא כלל גמיש של 'משקל' בדבר עדיפות משקל הנתונים על אומד הדעת הנובע מלשון החוזה על פני משקל הנתונים על אומד הדעת הנובע מהנסיבות החיצוניות... בית-המשפט יפנה אל נתונים אמינים שקיבלו גילוי חיצוני (בכתב, בעל-פה או בכל התנהגות אחרת) בדבר אומד דעתם המשותף של הצדדים. כנגד גישתי בדבר מעבר זה מכללי 'קבילות' לכללי 'משקל' ניתן לטעון, כמובן, כי היא יוצרת חוסר בטחון וחוסר וודאות, ניתן להוסיף ולטעון כי גישת שני השלבים מקטינה את חוסר הבטחון ויוצרת ודאות בכל אותם מקרים בהם לשון החוזה ברורה. טענה זו אין בידי לקבל. הנטייה המודרנית בתחומי משפט רבים היא לעבור מאיסורים על קבילותו של מידע להיתר הבאתו תוך התחשבות באמינותו לעניין משקלו...". ראו גם רע"א 1041/01 איזוטופ בע"מ נ' דן רנט אי-קאר בע"מ, תק"על 2001(3) 423: "השאלה הנכונה היא שאלת משקלה ולא שאלת קבילותה וזאת במסגרת המגמה הרווחת בדיני הראיות של מעבר מכללים של קבילות לכללים של משקל...". כך גם בתחום הפלילי. ראו, למשל, בהרחבה: דנ"פ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309: "המגמה לצמצם את כלל הפסילה והמעבר להערכה מהותית של הראיות על ידי בית המשפט, מצא מידי פעם ביטוי בפסיקתו של בית משפט זה".

69 והתחייבות לתת מתנה: סעיף 234 להצעה.

ראייתית רגילה, התשובה הברורה לכך הייתה חיובית<sup>70</sup>. אולם לאור נוסחו של סעיף 714 התשובה כלל איננה ברורה.

סיכומו של דבר, סעיף 714 הפך את דרישת הכתב במקרקעין ממהותית לראייתית, אולם המהלך שבוצע היה חלקי ולא הושלם. זוהי דרישת כתב ראייתית שנותרו בה שרידים מהדרישה המהותית (הגבלה על עיתוי יצירתו של המסמך הכתוב למועד הכריתה והגבלה קשוחה מדי ביחס לדרכי הוכחה חלופיות). כפי שהובהר, שעטנז מסוג זה עלול לעורר קשיים. אני מניח כי יש דרכים להתגבר על כל הקשיים הללו באמצעות פסיקה שתפרש את סעיף 714 באופן מרחיב וליברלי וכן באמצעות שימוש בעקרון תום הלב, אולם בעת ניסוחו של קודקס חדש כדאי למנוע שאלות כאלה מלכתחילה. יש להניח שגם כך יותר די והותר מקום לשאלות שיחייבו פיתוח פסיקתי. אני חושש שאם יותר ההסדר בנוסחו המוצע נהיה עדים לתחילתה של מסכת חדשה של התדיינויות בבתי המשפט סביב שאלות מסוג אלה שהוצגו, לפחות ביחס ל"מקרים הקשים".

#### ד. סיכום והצעות חלופיות

דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין העסיקה במשך שנים לא מעטות את בתי המשפט ואת האקדמיה המשפטית. לאחר שנים של פיתוח פסיקתי נראה כי נמצא שביל הזהב שבין שני הקטבים המנוגדים: הצורך בדרישת כתב מהותית לשם הבטחת רצינות יתר מצד המתחייב בחוזה שעניינו העברת זכויות במקרקעין מצד אחד, והצורך למנוע ניצול לרעה של דרישת הכתב המהותית לשם התחמקות לא הוגנת מחוזים מצד אחר. בהצעת הקודיפיקציה מוצעת כעת רביזיה בנושא דרישת הכתב בחוזי מקרקעין. חלק מהשינוי המוצע הוא רצוי ומבורך. זהו החלק הנוגע להרחבת התחולה של דרישת הכתב גם ביחס להמחאה של זכות לקבלת זכות במקרקעין וכן ביחס להתחייבות להמחזות זכות כזו. מבחינת המשמעות הכלכלית המיוחדת שהציבור מייחס לעסקת מקרקעין, אין מקום להבחין בין התחייבות לעשות עסקה במקרקעין לבין המחאת זכות לקבל זכות במקרקעין. משום כך חלות ההצדקות הקיימות לקביעתה של דרישת כתב בחוזי מקרקעין באותה המידה גם ביחס לעסקת המחאה (או התחייבות להמחזות). השינוי המשמעותי האחר שבהסדר המוצע הוא המעבר מדרישת כתב מהותית לדרישת כתב ראייתית. הבעתי ספק אם שינוי כזה רצוי. במשפט האנגלי למשל נעשה לפני כמה שנים דווקא מהלך הפוך, של מעבר מדרישת כתב ראייתית במקרקעין, שנהגה שם במשך מאות שנים, לדרישה מהותית<sup>71</sup>. לדרישה כי החוזה עצמו ובשלמותו

70 פרידמן וכהן, לעיל הערה 14, בע' 403. ראו גם סעיף (b)(3)-201 U.C.C. שלפיו בחוזה מכר שיש להוכיחו בכתב על פי הוראת סעיף (1)-201 ניתן להתגבר על הדרישה למסמך כתוב באמצעות הודאת הנתבע.

71 ראו לעיל הערה 60.

ייערך בכתב (לעומת תיעוד בכתב של גמירת הדעת, שהיא דרישה פחותה בהרבה) יתרונו רבים. לחוזה הכתוב יש יתרון של הרתעה מפני התקשרות חפוזה<sup>72</sup>, יש בו יתרונו ראייתיים ברורים, גלומים בו יתרונו של הקפדה ודיוק בניסוח תנאי החוזה (לעומת הסכמות בעל פה) וממילא גם באפשרות לאמוד ביתר דיוק את דעת הצדדים במקרה של מחלוקת פרשנית<sup>73</sup>. רמת הדיוק הגבוהה יותר בניסוח מביאה לרמה גבוהה יותר של ודאות ביחס לתוכני החוזה, ביחס לשאלה מתי הוא מופר וביחס לאפשרות אכיפתו, ולכן גם מביאה להפחתת עלויות העסקה וליעילות גבוהה יותר. סיבות אלה הביאו לידי כך שיש רבים המציעים להחיל דרישות כתב מלאות אפילו ביחס לסוגי חוזים שבאופן מסורתי נהוג היה לעשותם דווקא בעל פה<sup>74</sup>. חסרונה העיקרי של דרישת כתב מהותית נעוץ באפשרות לנצל לרעה לצורך התחמקות לא הוגנת מחוזים. על חסרון זה השכילה הפסיקה להתגבר במהלך השנים באמצעות פיתוח של תורת משפט מרככת, המאפשרת להתגבר על פגמים ועל חוסרים בדרישת הכתב במקרים המתאימים. ספק רב בעיניי האם דווקא כעת, לאחר שהפסיקה עיצבה דין מאוזן, המאפשר מצד אחד ליהנות מיתרונו של דרישת הכתב מהותית, ומצד אחר להתגבר על חסרונו, יש טעם במעבר לדרישת כתב בעלת אופי ראייתי.

יתר על כן, דרישת הכתב הראייתית המוצעת היא בעלת מאפיינים לא שגרתיים: ראשית, התיעוד הכתוב נועד לשם הוכחת גמירת דעתם של הצדדים (ולא להוכחת החוזה בכללותו). בכך אנו עלולים לאבד חלק ניכר מהיתרונו הגלומים בדרישות כתב, כפי שהוזכרו לעיל. שנית, לפי נוסח ההצעה, התיעוד הכתוב שנועד להוכחת גמירת דעתם של הצדדים צריך להיות תיעוד שעיתויו במועד יצירת ההתחייבות עצמה דווקא, וזאת אף על פי שבדרישת כתב ראייתית ניתן עקרונית להשתמש גם במסמכים מאוחרים למועד הכריתה. שלישית, על פי הנובע מלשונו של סעיף 714 ומהצירוף בינו לבין סעיף 185 להצעה, התיעוד הכתוב או קיום בפועל של החוזה (או של חלקן המהותי) הם לכאורה אמצעי ההוכחה הבלעדיים הקבילים לשם הוכחת גמירת הדעת בחוזים להעברת זכות במקרקעין. גישה זו מנוגדת לדין הקיים, שלפיו ניתן להוכיח גמירת דעת באמצעות מכלול שלם של ראיות ונסיבות, והיא אף מנוגדת למגמה המודרנית של דיני הראיות לעבור מכללים של קבילות לכללים של משקל. במאמר זה

72 ראו, למשל "The Statute of Frauds in the Light of the Functions and Dysfunctions of Form" 43 *Fordham L. Rev.* (1974) 39, 53-59.

73 ליתרונו של חוזה בכתב ראו והשוו *Restatement of the Law — Second, Contracts 2d* (St. Paul Minn, 1981) Rule 72, *comment C*, at p. 178-179.

74 ראו, למשל: M. S. Bogner "The Problem With Handshakes: An Evaluation of Oral Agreements in the United States Film Industry" 28 *Colum. J. L. & Arts* (2005) 359; G. M. McLaughlin "Oral Contracts in the Entertainment Industry" 1 *Va. Sports & Ent. L. J.* (2001) 101; *Effects Associates, Inc. v. Cohen*, 908 F. 2d (9<sup>th</sup> Cir. 1990) 555, 557.

הבעתי ספק האם נזקו של חידוש זה אינו רב מתועלתו. ההסדר המוצע עלול לעניות דעתי לעורר בעתיד קשיים ושאלות שיחייבו פתיחתה של מסכת פסיקתית חדשה בנושא דרישת הכתב בחוזי מקרקעין. נושא זה שבשנים האחרונות חדל "לככב" בפסיקה ובספרות עלול לשוב ולתפוס שלא בטובתו מקום מרכזי בפסיקה שלאחר חקיקת הקודקס.

מהי בכל זאת הדרך שבה ניתן להסדיר את סוגיית דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין? אני סבור כי עדיף היה לנקוט אחת משתי הדרכים הבאות: האפשרות הראשונה (שהיא לעניות דעתי הרצויה ביותר) היא לשמר בקודקס את דרישת הכתב המהותית, שכן יתרונותיה הם רבים. לא תמיד חייבים להוציא ישן מפני חדש (וכאמור, הוועדה עצמה נמנעה מכך בחלק ניכר מההסדרים שבקודקס). לדעתי גם אין צורך בשינוי מהותי בנוסח החוק, שכן עיקרון תום הלב המעוגן בקודקס כעיקרון על ביחד עם סעיף 185 הקובע את העיקרון של "קיום עיקר החוזה" כתחליף לדרישת כתב, וביחד עם הרובד של ההלכות הפסוקות שפותחו על ידי בית המשפט במהלך השנים (ואשר ימשיכו לעמוד בתוקפן) מספקים את מנגנוני הריכוך הדרושים על מנת להתגבר על פגם או על חסר בדרישת הכתב המהותית במקרים הקשים. אם בכל זאת רוצים לעגן את הדין הקיים באופן מפורט יותר בחוק החדש, ניתן להוסיף לקודקס, לצד דרישת הכתב המהותית, הוראה משלימה אשר תשקף את תורת המשפט המרכזית כפי שפותחה בפסיקה. במסגרת הסדר כזה יש לקבוע לפיכך כי באופן עקרוני דרישת הכתב בחוזי מקרקעין היא מהותית, כי החוזה עצמו חייב להיעשות בכתב וכי על המסמך הכתוב לכלול לפחות את הפרטים הגרעיניים ביותר הנחוצים לשם התוויית תחומיה של העסקה: מהות העסקה, זיהוי הצדדים, תיאור הנכס ופירוט המחיר. שאר הפרטים יהיו ניתנים להשלמה נורמטיבית. ההסדר יוסיף ויקבע כי רק במקרים חריגים יכיר בית המשפט בתוקפו של חוזה כאשר חסרים במסמך הכתוב חלק מהפרטים הגרעיניים. הדבר יתאפשר רק אם בית המשפט שוכנע ברמת ודאות גבוהה ביותר בקיומה של גמירת דעת חרף חסרונם של הפרטים הללו במסמך הכתוב (למשל כאשר חסרונם של הפרטים הכתובים בא על רקע נסיבות של יחסי אמון מיוחדים בין הצדדים), וכן אם שוכנע בית המשפט ברמת ודאות גבוהה מאד בקיומן של הסכמות שהושגו בין הצדדים מחוץ לגבולות המסמך ביחס לפרטים הגרעיניים החסרים. ההסדר יוסיף ויקבע כי במקרים חריגים ביותר יהיה בית המשפט רשאי להכיר בתוקפו של החוזה גם בהיעדרו המוחלט של מסמך כתוב, אולם זאת רק במקרים שבהם שוכנע ברמת ודאות גבוהה ביותר בקיומה של גמירת דעת, בכך שפרטי העסקה הוסכמו למעשה בעל פה, וכאשר בנוסף לכך קיימים שיקולי הגינות מיוחדים ויוצאי דופן<sup>75</sup> המחייבים הכרה בתוקפו של החוזה חרף היעדרו של מסמך

75 דהיינו, אותם "...מקרים מיוחדים ויוצאי דופן... שעולה מהם 'זעקת ההגינות' המצדיקה סטייה מעיקרון הכתב", כדברי הנשיא ברק בעניין קלמר, לעיל הערה 37, בע' 197-198.

כתוב. דומני כי הסדר כזה ישקף נאמנה את הדין הנוהג, אשר מייצג כאמור נקודת איוון טובה בין הצורך בדרישת כתב מהותית לבין הצורך למנוע ניסיונות לנצלה לרעה. האפשרות החלופית (שבעיני היא רצויה פחות) היא להחליט כי אין עוד צורך בדרישת כתב מהותית בחוזי מקרקעין, אלא שבשל המשמעות המיוחדת (הכלכלית, הפסיכולוגית) של חוזים אלה יש הכרח לוודא ברמת אמינות גבוהה יותר מאשר ביחס לחוזים רגילים, כי אכן גובשה גמירת הדעת הנדרשת. זו למעשה הגישה שבאה לידי ביטוי בסעיף 714, הקובע כי יש להוכיח את גמירת הדעת באמצעות "תיעוד בכתב". אלא שבניגוד למוצע בסעיף 714 אני מציע להשיג מטרה זו על ידי כך שייקבע כלל ראייתי, שלפיו בחוזים להעברת זכות במקרקעין יהיה צורך במשקל ראייתי מוגבר להוכחת גמירת דעתם של הצדדים. ניתן להוסיף ולקבוע כי בדרך כלל משקל ראייתי מוגבר זה יושג באמצעות "תיעוד בכתב" או באמצעות קיום בפועל של החוזה או של חלקו המהותי. עם זאת, יש להבהיר כי זוהי אך הוראה מנחה בנוגע למשקל הראיות, אולם אין בה כדי למנוע קבילותן של ראיות אחרות, ובלבד שהן מהימנות ורלבנטיות לשם הוכחת גמירת הדעת. כמו בכל מקרה של שקילת ראיות, העניין יהיה נתון בסופו של דבר לשיקול דעתו של בית המשפט, כך שעקרונית ייתכן שמשקלן המצטבר של ראיות שונות, גם ללא קיומה של אחת משתי הראיות ה"איכותיות", יוביל למסקנה שהתקיימה גמירת הדעת הדרושה. הוראה כזו עשויה להתאים לגישה המודרנית של דיני הראיות, שכן היא איננה מונעת קבילות של ראיות אלא אך קובעת הנחיה ביחס למשקלן. יצוין כי בהקשר של חוזי מתנה, גישה המחייבת משקל ראייתי מוגבר (לעומת חוזה "רגיל") לשם הוכחת גמירת דעתו של המתחייב כבר הובעה בפסיקה בעבר<sup>76</sup>. אפשרות זו עדיפה לדעתי על החלופה הראייתית המוצעת בסעיף 714 מהסיבות שהוסברו לעיל. מכל מקום אני סבור כאמור כי חלופה זו היא פחות רצויה מהאפשרות הראשונה, שכן חבל לוותר דווקא כעת על יתרונותיה הרבים של דרישת הכתב המהותית.

76 ראו ע"א 3601/96 בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582. השופטת בייניש קובעת כי: "אמות המידה לבחינת קיומה של גמירת הדעת משתנות בהתחשב באופי העסקה, ובהתחשב במגמה הכללית בדיני המתנה ליתן הגנת יתר לנותן המתנה" (שם, בע' 597). "... נוכח אופיה של העסקה החד צדדית של מתנה, ישנה ציפיה סבירה שמקבל המתנה יעמוד על כוונותיו של המעניק ויודא כי הגילוי החיצוני של רצונו משקף נאמנה את כוונתו הסובייקטיבית. והיה כי יתגלה פער בין כוונתו הסובייקטיבית למצג האובייקטיבי של המעניק יהיה זה מוצדק להגן על אינטרס ההסתמכות של מקבל המתנה רק כאשר המצג האובייקטיבי של כוונת המעניק הוא ברור וחד משמעי" (שם, בע' 598). "... בחוזה החד-צדדי מתחייבת רמה גבוהה יותר של הוכחת גמירת-דעת, משום שגובר האינטרס להגן על מעניק המתנה" (שם, בע' 601-602). ראו גם דבריו של הנשיא שמגר בע"א 7051/93 האפורופוס הכללי נ' גולדברג, תק"על 95(2), 543, 551: "אכן, בהיות המתנה חוזה חד צדדי, ובפרט כאשר המדובר במתנה במקרקעין חייבת להיות הבדיקה לגבי גמירת דעתו של הנותן קפדנית במיוחד".